Die Klage aus § 1007 des Bürgerlichen Gesetzbuches und ihre Grundlagen,

unter besonderer Berücksichtigung der

actio Publiciana.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Neikes,
Gerichtsreferendar.

Bonn,
Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei.
1903.

Meinen lieben Eltern

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet.

Disposition.

A. Historischer Teil.

Seite

§ 1. I. Entstehung der actio Publiciana 7
§ 2. II. Entstehung des § 1007 BGB. 10

B. Hauptteil.

I. Verhältnis der Klage aus § 1007 BGB. zur actio Publiciana.

§ 3. a) Der rechte Kläger 13
§ 4. b) Der rechte Beklagte 19
§ 5. c) Klagbegründung 22
§ 6. d) Verteidigung 32
§ 7. e) Gegenstand und Inhalt der Klagen 43
§ 8. f) Charakter der beiden Klagen 46
§ 9. g) Zusammenfassung 50

II. Die übrigen Grundlagen der Klage aus § 1007 BGB.

§ 10. a) Die altdeutsche Fahrnisklage 52
§ 11. b) Die Klage aus code civil Art. 2279, 2 54
§ 12. c) Die Spolienklage 54
§ 13. d) Das possessorium ordinarium 55
§ 14. e) Die preussische Publiciana 56

§ 15. C. Schlusswort 57

Abhandlung.

Der Klage aus § 1007 BGB. ist von ihrer Entstehung an das lebhafteste Interesse entgegengebracht worden. Bildet sie doch eins der eigenartigsten Klaggebilde, welche das BGB. enthält. Will man die Stellung und Bedeutung dieser Klage recht verstehen, so muss man tief eindringen in die rechtsgeschichtliche Entwicklung; denn bis ins römische und alte deutsche Recht lassen sich Beziehungen dieser Klage nachweisen. Und zwar ist es im römischen Recht die actio Publiciana, welche mit ihr in Verbindung steht. Diese Klage des römischen Rechts wird in vorliegender Arbeit in erster Linie zu einer Vergleichung mit der Klage aus § 1007 BGB. herangezogen werden. Zuvor wird es sich empfehlen, auf die Entstehungsgeschichte der actio Publiciana sowie der Klage aus § 1007 BGB. mit einigen Worten einzugehen.

§ 1. I. Entstehung der actio Publiciana.

Die actio Publiciana ist entstanden in folgender Weise.

In Rom konnte das Eigentum an den res mancipii nur auf dem streng formalen Wege der mancipatio und in iure cessio übertragen werden. Zu den res mancipii gehörten der fundus Italicus, Sklaven, Zug- und Lasttiere, also in dem Agrarstaat, dessen Charakter Rom bis in die späteste Zeit beibehielt, gerade die wichtigsten Sachen. Als nun in Rom der Güterverkehr sich mehr und mehr entwickelte und die Waren rasch von Hand zu Hand gingen, wurden die altzivilen Erwerbsarten immer mehr als äusserst lästig und umständlich empfunden. Es kam tatsächlich dazu, dass, besonders auf dem Sklaven- und Viehmarkte, die Geschäfte meist unter blosser Tradition der Ware geschlossen wurden.

In diesen Fällen, in denen der Erwerb an einem formellen Mangel litt, ging nach Civilrecht das Eigentum nicht auf den Erwerber über, sondern es blieb das dominium ex iure Quiritium beim Veräusserer, und der Erwerber hatte die Sache nur tatsächlich in seinem Vermögen (in bonis). Freilich in kurzer Frist, in einem Jahr bei Mobilien, in zwei Jahren bei Immobilien, erlangte er unter den bestimmten Voraussetzungen auch das quiritische Eigentum durch Ersitzung, aber bis dahin war er der rei vindicatio des Veräusserers ausgesetzt. Der Grundsatz der Billigkeit erforderte, ihn auch schon jetzt gegen den Veräusserer zu schützen.

Und diesen Schutz gewährte ihm der Prätor. Gegen die rei vindicatio des Veräusserers gab er dem Erwerber die exceptio rei venditae et traditae.

Da dies aber nicht genügte, so z. B. wenn der Erwerber die Sache verlor und sie in die Hände des Veräusserers kam, gewährte er ihm auch eine Klage, eben die actio Publiciana, und dabei wurde die exceptio rei venditae et traditae dem Kläger als replicatio gegeben. Es handelte sich also hier darum, denjenigen, dem eine res mancipii nur tradiert war, also den bonitarischen Eigentümer, gegen den quiritischen Eigentümer zu schützen.

Aber noch für einen zweiten Fall wurde die actio Publiciana gegeben. In Rom konnte man infolge des Grundsatzes „nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet“ Eigentum nur vom Eigentümer selbst erwerben. Wer eine Sache auf formell fehlerlose Weise, aber a non domino, also auf materiell mangelhaftem Wege erworben hatte, der genoss, wenn er die Sache verlor und diese in die Gewalt eines Dritten kam, keinen Rechtsschutz. Es entsprach aber der Billigkeit, dass derjenige, welcher eine Sache zwar a non domino, aber auf eine Art und Weise erworben hatte, die ihn berechtigte, sich für den Eigentümer zu halten, wenigstens gegen Vorenthaltung der Sache seitens eines beliebigen Dritten geschützt wurde. Und dieser Schutz wurde vom Prätor in der actio Publiciana gegeben.

In dieser zweiten Funktion erfüllte diese also den Zweck, den Erwerber a non domino gegen irgend einen Dritten zu schützen, gegen den quiritischen Eigentümer aber wollte und konnte hier der Erwerber nicht geschützt werden.

Im einzelnen bestehen über die Entstehung der actio Publiciana ausserordentlich viele Zweifel und Kontroversen. Was den Zeitpunkt der Entstehung angeht, so ist klar, dass die Klage erst nach der lex Aebutia (200—150 v. Chr.) eingeführt worden ist, denn vorher, zur Zeit der Legisaktionen, konnte der Prätor gar keine neuen Klagen einführen. Es sind mehrere Prätoren mit Namen Publicius bekannt, aber wahrscheinlich ist keiner derselben der Schöpfer der actio Publiciana. Huschke (das Recht der Publ. Klage S. 118) nimmt an, dass die Klage gleich nach der lex Aebutia geschaffen worden ist. Damit stimmt überein die Ermannsche Ansicht (Zeitschr. für Rechtsgeschichte XI, S. 238), wonach sie im zweiten Jahrhundert vor Christus entstanden ist.

Bei der Schaffung der actio Publiciana wie überhaupt bei seinen Neuschöpfungen hat sich der Prätor formell streng im Rahmen seiner Befugnisse gehalten. Er schuf kein neues Recht, sondern lehnte seine neuen Schöpfungen an das Civilrecht an. So hat er die actio Publiciana mit dem civilrechtlichen Institut der Usukapion verknüpft.

Die Usukapion erforderte nach den 12 Tafeln lediglich possessio, tempus, res habilis, noch nicht titulus und bona fides (vgl. Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus, 1852, S. 8 ff.). Wann die beiden letzteren Erfordernisse für die Usukapion aufgestellt worden sind, darüber geben uns die Quellen keine sichere Auskunft. Nach Stintzing (S. 46 ff.) sind sie zunächst beim bonitarischen Eigentum und bei der actio Publiciana entwickelt und erst dann auf die Usukapion übertragen worden. Jedenfalls waren in der späteren Zeit die Erfordernisse beider Rechtsinstitute dieselben, nur brauchte bei der actio Publiciana die Ersitzungszeit nicht wirklich abgelaufen zu sein, sondern es trat statt dessen eine Fiktion ein, indem der Richter angewiesen wurde, so zu urteilen, als ob die Ersitzungszeit bereits abgelaufen sei; vgl. hierüber Gaius IV § 36: „fingitur rem usucepisse“ und die ebendort angegebene Klagformel.

Durch die justinianische Kodifikation hat die actio Publiciana bedeutsame Veränderungen erlitten. Durch l. un. C. 7, 25 wurde der Unterschied zwischen dominium ex iure Quiritium und bonitarischem Eigentum beseitigt. Das nudum ius Quiritium fiel weg und dem bisherigen bonitarischen Eigentümer wurde

die Stellung eines Volleigentümers gewährt, so dass er von jetzt ab die rei vindicatio hatte. So fiel also die eine Funktion der actio Publiciana ganz weg.

Die actio Publiciana wurde in der Gestaltung, welche sie in der justinianischen Gesetzgebung gewonnen hatte, gemeines Recht und erlitt im Laufe des Mittelalters keine Veränderungen ihres Wesens mehr.

§ 2. II. Entstehung des § 1007 BGB.

Als man an die Schaffung eines einheitlichen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs ging, musste man sich auch darüber entscheiden, ob man die gemeinrechtliche actio Publiciana aufnehmen oder sich an deutschrechtliche Gedanken anschliessen wollte.

Freilich, das eine wurde sofort klar, dass die actio Publiciana in dem neuen Gesetzbuch auf keinen Fall eine so bedeutende Rolle spielen würde, wie im römischen und gemeinen Recht; denn einerseits wurde im Entwurf erster Lesung für Immobilien die allgemeine Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts aufgestellt (vgl. § 826 E. I) und so die actio Publiciana für Immobilien überflüssig gemacht. Und andererseits wurde in erster Lesung für Mobilien der Grundsatz des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer bei gutem Glauben, also das Prinzip „Hand wahre Hand“ angenommen und so dem bonae fidei possessor die rei vindicatio verschafft, so dass das Bedürfnis nach publizianischem Schutz für ihn wegfiel (vgl. §§ 877—879 E. I). Da so der Eigentumserwerb in deutschrechtlichem Sinne gestaltet wurde, hätte naturgemäss die actio Publiciana ganz verschwinden müssen, denn diese verdankte ihre Entstehung und Bedeutung lediglich der römischen Eigentumserwerbslehre, insbesondere dem Grundsatz: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet. Ein besonderer Rechtsschutz war nur noch in den Fällen notwendig, in denen das Prinzip „Hand wahre Hand“ Ausnahmen erleidet, also besonders bei derivativem Erwerb ohne Tradition.

Dieser Schutz wurde nun in E. I § 945 in folgender Form gewährt: „Die Vorschriften der §§ 929—944 über die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher den Besitz einer

beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerb den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Erwerb des Eigentums an der Sache verhindert worden ist und seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat.

„Die aus der Vorschrift des ersten Satzes des ersten Absatzes sich ergebenden Ansprüche können jedoch nicht gegen den Eigentümer und auch nicht gegen denjenigen geltend gemacht werden, bei welchem die Voraussetzungen jener Vorschrift gleichfalls zutreffen, es sei denn, dass der letzere seinen Erwerb von dem nämlichen Rechtsvorgänger aus einer späteren Veräusserung desselben herleitet."

Diese Klage war nichts anderes als die actio Publiciana, nur mit einigen Modifikationen, wie z. B. dass sie sich nur auf Mobilien bezog. Der Absatz 2 stimmt ganz genau überein mit l. 16 D. 6, 2 und l. 9 § 4 D. 6, 2.

Ein stichhaltiger Grund für die Aufnahme der actio Publiciana trotz der im übrigen deutschrechtlich geordneten Eigentumserwerbslehre ist nicht einzusehen. Das einzige, was die Kommission erster Lesung gegen die Aufnahme der altdeutschen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere (vgl. unten S. 52 ff.) anzuführen weiss, ist, dieselbe würde doch nur eine Beweiserleichterung zur Folge haben und dem Beklagten die exceptio de iure tertii freilassen (vgl. Motive B. III, S. 430—431).

Der ganze Entwurf I BGB. erfuhr seitens der deutschen Juristenwelt eine entschiedene Verurteilung. Besonders scharf war die Kritik, die Gierke („Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht" 1889) an ihm übte. Dieser warf ihm besonders vor, dass er einseitig romanistisch sei (vgl. S. 20—23). Er sei in seinem letzten Kern ein in Gesetzesparagraphen gegossenes Pandektenkompendium (S. 2), er begnüge sich mit einer Kodifikation des usus modernus (S. 3), und alle Sätze des Entwurfs durchziehe der Geist einer abgestandenen Pandektenjurisprudenz (S. 23).

Auch sei der Entwurf durchaus unvolkstümlich, insbesondere dadurch, dass er in einem schwerverständlichen Juristendeutsch geschrieben sei und einen doktrinären, schablonenhaften, lehrbuchartigen Charakter trage (S. 17 ff.).

Ferner sei er nicht sozial gesinnt, sondern individualistisch, kapitalistisch und gemeinschaftswidrig (S. 23 ff.).

Die Kritik richtete sich besonders auch gegen das Sachenrecht des Entwurfs (Gierke S. 279 ff.) und auch speziell gegen den § 945 (vgl. Cosack, „Das Sachenrecht im Entwurf eines BGB.“, in Bekkers und Fischers „Beiträgen“ Heft 13, S. 55 N. 4, sowie „Gutachten aus dem Anwaltstande“ Heft 8 S. 690—692).

Die Folge der scharfen Kritik war, dass der Entwurf sich vielfache Umgestaltungen zu Gunsten des deutschen Rechts gefallen lassen musste. An die Stelle des § 945 E. I trat § 919 E. II, der unverändert in das BGB. übergegangen ist. Es ist der jetzige § 1007 BGB. Er lautet:

„Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

„Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, dass dieser Eigentümer der Sache ist, oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung.

„Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war, oder wenn er den Besitz aufgegeben hat. Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986—1003 entsprechende Anwendung.“

I. Verhältnis der Klage aus § 1007 BGB. zur actio Publiciana.

§ 3. a) Der rechte Kläger.

Es möge nun an erster Stelle untersucht werden, inwiefern mit der Klage aus § 1007 BGB. die actio Publiciana verwandt ist.

Betrachten wir zunächst die Parteien bei den beiden Klagen.

Die actio Publiciana stand zu dem bonae fidei possessor, d. h. demjenigen, der in die Ersitzungslage eingetreten war, aber die Ersitzung noch nicht vollendet hatte. Nur der besass also die Aktivlegitimation zur actio Publiciana, der den Besitz einer ersitzungsfähigen Sache bona fide und iusto titulo erlangt hatte. Als Besitzer aber galt in Rom nur der juristische Besitzer, nicht konnte also der abgeleitete Besitzer (Pfandgläubiger, Sequester, Prekarist) und noch weniger der blosse Detentor, wie Mieter, Pächter, Entleiher, die actio Publiciana anstrengen. Die Ersitzungslage war nicht übertragbar, da einzelne Erfordernisse, wie z. B. bona fides, höchst persönliche Eigenschaften darstellten. Nur der Universalsuccessor, der Erbe, konnte die Klage anstellen auf Grund der bona fides seines Erblassers, denn da der Erbe nach römischer Auffassung die Persönlichkeit seines Erblassers fortsetzte, trat er in die von demselben begonnene Ersitzung ein, auch wenn er selbst mala fide war, vgl. l. 7 § 12 D. 6, 2.

Bezüglich der Aktivlegitimation ist die Frage zu entscheiden, ob dieselbe auch dem Eigentümer zustand. Die Quellen geben uns nämlich darüber keine sichere Auskunft.

Puchta hat in II § 233 S. 506 ff. seines „Kursus der Institutionen“ die Anschauung vertreten, sowohl die Usukapion

als auch die actio Publiciana seien geradezu eingeführt worden für den Eigentümer, nämlich, um ihm den Beweis seines Eigentums zu erleichtern.

Dieselbe Theorie hat Delbrück („Über die dingliche Klage des deutschen Rechts“ § 3, S. 10ff.) aufgestellt, und er beruft sich für seine Ansicht auf den schwierigen Eigentumsbeweis des römischen Rechts, die sog. probatio diabolica, d. h. den Grundsatz, dass der vindizierende und sich auf derivativen Erwerb stützende Kläger das Eigentum seines auctor nachweisen müsse und zum Nachweis des Eigentums seines auctor wieder das Eigentum von dessen auctor u. s. w., es sei denn, dass irgendwo ein originärer Erwerb nachgewiesen werde.

Diese Berufung auf die probatio diabolica ist nicht stichhaltig. Den Ausdruck probatio diabolica haben die Römer überhaupt nicht gekannt, sondern derselbe ist aufgebracht worden durch Augustin von Leyser, einen sächsischen Juristen des 18. Jahrhunderts. Und es erscheint sehr zweifelhaft, ob die Römer tatsächlich dem Kläger bei der rei vindicatio einen so schwierigen Beweis aufgebürdet haben.

Wie Wendt (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 76, S. 411ff.) nachgewiesen hat, lässt sich die probatio diabolica aus den gewöhnlich dafür angeführten Stellen, insbesondere aus l. 20 pr. D. 41, 1 und l. 54 D. 50, 17, nicht herleiten; denn diese Stellen besagen nur, Kläger müsse sein Eigentum nachweisen, sie berühren aber mit keinem Wort die Frage, wie er dies zu tun habe, also die Frage der Beweislast.

Auch Meyer, der selbst ein Anhänger der probatio diabolica ist, gibt zu, dass ein direkter Quellenbeweis sich für dieselbe nicht führen lasse. (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 77, S. 368 und 371).

Wendt sucht nun aus einer Reihe von Stellen, insbesondere aus c. 15 C. 3, 32, c. 4 C. 4, 19, c. 12 C. 4, 19, c. 21 C. 4, 19 und c. 5 C. 7, 16, den Beweis zu führen, dass Kläger bei der rei vindicatio nur die Eigentumserwerbstatsache zu beweisen habe, allein diese Stellen lassen keine sicheren Schlüsse zu. Daher empfiehlt es sich, die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast zu Hilfe zu nehmen. Wendt (a. a. O. S. 416 bis 420) argumentiert hier in folgender Weise:

Kläger hat nur die causa efficiens zu beweisen, dagegen alles, was dazu Bedingung und Voraussetzung ist, die condicio

sine qua non, gehört zum Verteidigungsmaterial, und Beklagter hat hier den Beweis zu führen. Bei der rei vindicatio ist die Eigentumserwerbstatsache die causa efficiens, und das Eigentum des auctor ist nur die Voraussetzung, unter der die Tatsache, durch welche das Eigentum erworben wird, ihre Wirksamkeit gewinnt.

Demnach hat Kläger nur die Eigentumserwerbstatsache zu beweisen, während Mangel des Eigentums des auctor vom Beklagten verteidigungsweise anzuführen ist.

Dieser Grundsatz scheint mir noch aus folgender Erwägung heraus zutreffend zu sein. Nach der Lehre von der probatio diabolica bleibt dem Kläger das Hinaufgehen bis zum ersten auctor nur erspart, wenn irgendwo originärer Erwerb nachgewiesen wird. Als solcher kam im Civilrecht fast nur die Ersitzung in Betracht. Es war aber in Rom infolge des sehr weiten Begriffs der res furtivae die Ersitzung bei Mobilien in den meisten Fällen ausgeschlossen (vgl. unten S. 27). Wie wenig glaubhaft ist nun die Annahme, die Römer hätten die wichtigste Klage ihres Rechts so ausgestaltet, dass sie bei Mobilien für den Kläger in den meisten Fällen von vornherein aussichtslos war!

Auch Pflüger (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 77, S. 15ff.) tritt der herrschenden Ansicht von der probatio diabolica entgegen. Er gibt zwar zu, dass ein Hinaufgehen bis zum ersten auctor vorkommen könne, aber nicht auf seiten des Klägers, sondern auf seiten des Beklagten, wenn dieser nämlich behaupte, selbst Eigentümer zu sein. Kläger brauche höchstens das Eigentum seines auctor zu beweisen, von einem Zurückgehen von auctor zu auctor aber sei bei ihm nicht die Rede.

Mit der probatio diabolica fällt auch die Ansicht, dass die actio Publiciana für den Eigentümer zur Erleichterung seines Eigentumsbeweises eingeführt worden sei.

Es ist nun von anderer Seite, insbesondere von älteren Autoren, der entgegengesetzte Standpunkt vertreten worden, nämlich der Eigentümer sei von der Klage gänzlich ausgeschlossen gewesen. Für diese Ansicht wird ins Treffen geführt l. 1 § 1 D. 6, 2: „Merito praetor ait ‚nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam." Aus dieser Stelle sucht man den Sinn herauszulesen: non habet honorariam.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Huschke (Publ. Klage S. 76 ff.), wenn er sagt, der Eigentümer könne im allgemeinen die actio Publiciana nicht anstellen, sondern nur bei besonderem Bedürfnis, nämlich wenn es zweifelhaft sei, ob er Eigentum ersessen habe.

Dies ist auch die Ansicht der Glosse (vgl. Landsberg, die Glosse des Akkursius S. 326).

Diese den Eigentümer ausschliessenden Theorien sind zurückzuweisen. Denn die Deutung, die man der Stelle l. 1 § 1 D. 6, 2 gegeben hat, ist sprachlich durchaus willkürlich. Und sachlich ist zu bemerken, dass die Publiciana zwar für die beiden besonderen Fälle (S. 7—8) eingeführt worden ist, dass aber gar kein Grund vorlag, sie dem Eigentümer zu versagen. Denn der Prätor stellte für die Klage bestimmte Voraussetzungen auf; wer diese nachwies, hatte die Klage. Weshalb hätte man dem Eigentümer die Klage versagen wollen, wenn er diese Voraussetzungen seinerseits nachwies? Es wäre doch geradezu widersinnig gewesen, wenn der Kläger trotz Nachweis seines publicianischen Rechts abgewiesen worden wäre, wenn Beklagter dartat, dass dem Kläger das Eigentum, also ein noch weit stärkeres Recht, zustehe.

Und die Stelle l. 1 § 1 D. 6, 2 bedeutet wohl nur, dass der, welcher durch Vollendung der Ersitzung Eigentum erworben und somit jetzt die rei vindicatio zur Verfügung hat, ein besonderes Klagerecht nicht benötigt, sie soll also nur erklären, dass die actio Publiciana nicht speziell für den Eigentümer eingeführt worden ist, aber durchaus nicht, dass er ausgeschlossen ist.

Und so haben denn auch die neueren Autoren dem Eigentümer die Klage meist zugestanden, so z. B. Dernburg (Pand. § 228 V). In der Praxis des gemeinen Rechts wurden häufig die rei vindicatio und die actio Publiciana kumuliert.

Die Aktivlegitimation zur Publiciana geht verloren durch Aufgabe der bonae fidei possessio (vgl. Huschke S. 28 ff.). Beweis dafür ist arg. e contr. aus § 4 I. 4, 6: „si eius rei casu possessionem amiserit“. Die entgegengesetzte Ansicht von Schulin („Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio“ S. 4), dass nämlich die Aktivlegitimation, weil auf Tatsachen beruhend, die nie ungeschehen gemacht werden

könnten, wenn sie einmal erworben sei, ewig bestehen bleibe, dass also auch der gewesene Eigentümer die Publiciana gegen einen unberechtigten Besitzer anstellen könne, ist allgemein verworfen worden, so besonders auch von Dernburg (Pand. I § 228a. 18).

Der Kreis der aktiv Legitimierten ist bei der Klage aus § 1007 BGB. weit grösser als bei der actio Publiciana. Denn die Klage aus § 1007 BGB. kann anstellen, „wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat", also jeder frühere Besitzer; demnach nicht nur der Eigenbesitzer, wie bei der Publiciana, sondern auch der Fremdbesitzer wie Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Entleiher, Verwahrer, Finder etc. Dieser Unterschied hängt damit zusammen, dass im römischen Recht beim Besitz der Hauptwert auf den Willen gelegt wurde. Nur wer neben dem corpus den animus domini hatte, galt als Besitzer, sog. juristischer Besitzer. Der Detentor dagegen, der nur das corpus besass, wie Mieter, Pächter etc. genoss nicht einmal die possessorischen Interdikte, geschweige denn die Publiciana.

Dagegen deutschrechtliches Prinzip war, die Detention als selbständige Sachherrschaft auch mit besonderem Rechtsschutz zu versehen, und dieses Prinzip hat das BGB. angenommen.

Wie der Erbe die Publiciana auf das publicianische Recht seines Erblassers stützen konnte, so kann jetzt der Erbe aus § 1007 BGB. auf Grund früheren Besitzes seines Erblassers klagen, da der Anspruch aus § 1007 vererblich ist.

Auch dann kann der Erbe aus § 1007 klagen, wenn der Besitzverlust stattfindet nach dem Erbfall, aber vor der Besitzergreifung der Erbschaftssachen durch den Erben, denn nach § 857 BGB. ist der Besitz vererblich, der Erbe erwirbt also den Besitz der Erbschaftssachen im Augenblick des Todes des Erblassers.

Die Klage aus § 1007 steht wie die Publiciana auch dem Eigentümer zu.

Der frühere Mitbesitzer kann, was sich aus analoger Anwendung von § 1011 in Verb. mit § 432 ergibt, Dritten gegenüber den Anspruch auf Herausgabe in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, aber nur Herausgabe an alle Mitbesitzer oder Hinterlegung für alle fordern. Ein Mitbesitzer kann natürlich nicht vom anderen Herausgabe verlangen, sondern

höchstens den Besitzschutzanspruch geltend machen nach Massgabe des § 866.

Auch dem Teilbesitzer steht die Klage aus § 1007 zu. Aber er kann natürlich nicht Herausgabe der ganzen Sache beanspruchen, sondern nur Überlassung des Besitzes an dem früher besessenen Sachteil.

Auch der kann aus § 1007 vorgehen, dem der Anspruch aus § 1007 zediert ist, denn dieser ist übertragbar.

Es taucht die Frage auf, ob auch der mittelbare Besitzer die Klage aus § 1007 anstellen kann. Nach Wendt (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 87) steht ihm die Aktivlegitimation nicht zu. Denn Wendt will im BGB. unter „Besitzer“ immer nur den unmittelbaren Besitzer verstanden wissen, da der mittelbare Besitz ad unam tantum causam, nämlich für § 869, eingeführt sei. Diese Ansicht Wendts beruht auf seiner Anschauung, als sei für das Wesen des mittelbaren Besitzes das einen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Rechtsverhältnis massgebend, während doch in Wirklichkeit entscheidend ist „die durch ein derartiges Verhältnis fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache“ (Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7a. 15).

Der Wendtschen Ansicht widerspricht auch ganz direkt der Wortlaut des § 868 BGB. Trotzdem will Wendt im BGB. unter „Besitzer“ nur da den mittelbaren Besitzer mitverstehen, wo er mitgenannt ist.

Dieses Verfahren ist aber ein ganz willkürliches, und gerade der umgekehrte Standpunkt ist der richtige, so dass also, wo im BGB. vom „Besitzer“ die Rede ist, darunter stets auch der mittelbare Besitzer zu rechnen ist, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen (vgl. Fischer-Henle, BGB. § 868a. 4 und Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7a. 15).

Solche liegen aber in unserem Falle nicht vor, und so ist denn auch Wendt mit seiner Ansicht isoliert geblieben, dem mittelbaren Besitzer aber allseitig die Aktivlegitimation für die Klage aus § 1007 BGB. zuerkannt worden; vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 50; Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 § 191 I; Planck, Komm. zum BGB., III, S. 282, 2, a. *a.*; Giese, Besitzrechtsschutz S. 40; Feustel, d. Anspruch aus § 1007 BGB. S. 12.

Selbst dann kann der frühere mittelbare Besitzer aus § 1007 klagen, wenn er niemals unmittelbaren Besitz gehabt hat, so z. B. weil er durch constitutum possessorium mittelbaren Eigen- oder Niessbrauchsbesitz oder gemäss §1205, 2 BBG. durch Übertragung des mittelbaren Besitzes ein Pfandrecht erworben hat vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 50.

Nicht steht die Klage aus § 1007 dem Besitzdiener des § 855 zu; denn dieser gilt nicht als „Besitzer" im Sinne des BGB., weil er keine selbständige Herrschaft über die Sache ausübt.

Ein Rückblick auf diesen Abschnitt ergibt, dass in der Aktivlegitimation wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Klagen bestehen, die ihren Grund haben einerseits in der Verknüpfung der Publiciana mit der Usukapion und andererseits darin, dass man in Rom dem Detentor keinen Schutz gewährte, während das BGB. den Fremdbesitzer dem Eigenbesitzer im Rechtsschutz gleichgestellt hat.

§ 4. b) Der rechte Beklagte.

Was die Passivlegitimation angeht, so regelte sie sich für die actio Publiciana nach den Grundsätzen der rei vindicatio: „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus" (vgl. l. 7 § 8 D. 6, 2).

Es geht demnach die Publiciana zunächst gegen den, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, sowohl den juristischen Besitzer, der die Sache nicht in Detention gegeben, sondern das corpus behalten hat, wie auch gegen den blossen Detentor, also den, der die Sache für einen anderen besitzt; vgl. l. 9 D. 6, 1, wo Ulpian die gegenteilige Ansicht des Pegasus zurückweist.

Die Publiciana konnte ferner erhoben werden gegen den juristischen Besitzer, der die Sache in Detention gegeben hat, ja, in gewissen Fällen auch gegen Personen, die gar keinen Besitz hatten, nämlich gegen den fictus possessor. Gegenüber dem fictus possessor ist die Klage der Sache nach eine Deliktsklage und nur äusserlich eine Vindikation (vgl. Dernburg, Pand. § 225 N. 4).

Dass die Publiciana nicht gegen den Eigentümer und den in gleicher Weise publicianisch Berechtigten angestellt werden

konnte, wird unten in dem Abschnitt „Verteidigung“ gezeigt werden.

Auch die Klage aus § 1007 geht zunächst gegen den, welcher die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat, sowohl den Eigenbesitzer als auch den Fremdbesitzer.

Wie S. 19 erwähnt, ging die actio Publiciana auch gegen den juristischen Besitzer, der die Sache in Detention gegeben hat. Es fragt sich, ob dementsprechend nach § 1007 der mittelbare Besitzer passiv legitimiert ist. Die Entscheidung dieser Frage wird davon abhängen, ob die Eigentumsklage (§ 985) gegen den mittelbaren Besitzer angestellt werden kann.

Wendt musste natürlich schon auf Grund seines allgemeinen Prinzips (S. 18) zu einer verneinenden Antwort kommen, und er hat dies für den vorliegenden Fall noch durch besondere Gründe zu motivieren gesucht.

Aber gegen seine Ansicht spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des § 985. In E. I § 929 hiess es: „Der Eigentümer hat gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache. Der Anspruch findet auch gegen den Inhaber statt.“ Der § 929 verstand also unter dem „Besitzer“ auch den nicht in der Inhabung Befindlichen, also den heute so genannten mittelbaren Besitzer. In der zweiten Kommission erlangte die entgegengesetzte Ansicht die Mehrheit, und nach langer Beratung wurde zur rei vindicatio der Zusatz angenommen: „Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu“ (vgl. E. II § 899, 2). Aber bei der Revision des E. II gab die Kommission ihren früheren Standpunkt auf, und zwar, wie es in den Protokollen (B. VI, S. 237) heisst, weil „es in der Tat auffallend erscheinen würde, wenn der mittelbare Besitzer in allen übrigen Beziehungen als Besitzer und nur in Ansehung der Passivlegitimation bei der rei vindicatio nicht als Besitzer behandelt würde.“ Es wurde denn auch der Zusatz einfach gestrichen.

Demnach geht die Absicht des Gesetzgebers dahin, den mittelbaren Besitzer mit der Passivlegitimation zu belasten.

Auch der jetzige Wortlaut des Gesetzes spricht gegen Wendt (vgl. § 985 und § 1007 in Verb. mit § 868). Nach

dem S. 18 erwähnten Prinzip könnten nur ganz besondere Gründe die Anschauung rechtfertigen, dass in § 985 (und daher auch in § 1007) unter „Besitzer“ der mittelbare Besitzer nicht zu verstehen sei. Nicht ist nun, wie Wendt glaubt, der Umstand, dass der Anspruch aus § 1007 auf Herausgabe der Sache geht, ein solcher Grund: denn in dem Anspruch auf Herausgabe ist auch enthalten der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache und somit auf Überlassung des mittelbaren Besitzes (vgl. § 870 BGB. und Gierke, Fahrnisbesitz S. 53, Planck, Komm. zum BGB. III, S. 250).

Für die Anerkennung der Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers sprechen auch schwerwiegende praktische Gründe.

Es würde in vielen Fällen unzweckmässig, ja ungerecht sein, wenn der Eigentümer die Vindikation stets nur gegen den unmittelbaren Besitzer anstellen könnte. So fragt Gierke (Fahrnisbesitz S. 55): „Soll der Eigentümer eines Hauses, das lediglich von einem Dutzend Mieter unmittelbar besessen wird, gegen sämtliche Mieter vindizieren? Soll der Eigentumsstreit über ein Pferd, das mit anderen Pferden beider Teile in einem Reitinstitut in Pension steht und auf alle Fälle dort bleiben wird, notwendig mit einer Klage gegen den Besitzer des Reitinstituts eingeleitet werden? Soll die Reichsbank bei allen Prozessen über das Eigentum an Wertpapieren und Wertsachen, die bei ihr hinterlegt sind, alleinige rechte Beklagte sein?“

In vielen Fällen würde doch der beklagte unmittelbare Besitzer, weil er am Ausgang des Rechtsstreits gar nicht interessiert ist, sich auf Grund des § 76 C. P. O. vom Prozess befreien, und so der Erfolg nur sein unnütze Kosten und Zeitverlust für den Kläger. In vielen Fällen lässt sich auch der augenblickliche unmittelbare Besitzer gar nicht ermitteln und in anderen wird es sich kaum feststellen lassen, ob der, welcher die Sache innehat, unmittelbarer Besitzer oder blosser Besitzdiener ist.

Alles dies spricht für die Zulassung der Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers bei § 985 und daher auch bei § 1007, und so ist denn auch ganz allgemein entgegen Wendt dieser Standpunkt eingenommen worden (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 53—56; Cosack, Lehrbuch des bürg. R. II, 1 S. 90 u. 163; Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürg. Rechts II § 67

N. 5 u. II § 73 N. 6; Dernburg, das bürgerliche Recht III, § 118 N. 2; Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 § 90 2b; Biermann, Sachenrecht § 985a. 2; Staudinger, Sachenrecht § 985a. 2c; Planck, Komm. zum BGB., III, S. 282 u. S. 249ff; Verh. des XXIV. d. Juristentages S. 129ff; Fischer-Henle, BGB., § 985a. 2; Feustel, d. Anspruch aus § 1007 S. 13; Giese, Besitzrechtsschutz S. 46; Peipers, die Besitzrechtsklage nach § 1007 BGB S. 86; Miethke, Wesen und Umfang der Klage des § 1007 S. 19—23; Neumann, BGB., § 1007 I N. 3.

Einen fictus possessor kennt das BGB. nicht, aber tatsächlich wird die Rechtslage eine ähnliche wie im römischen Recht, wenigstens bezüglich desjenigen, qui liti se obtulit. Es wird nämlich gegen den Nichtbesitzer, der sich auf die Klage aus § 1007 einlässt, der Prozess durchgeführt, und nach erfolgter rechtskräftiger Verurteilung kann er gemäss § 283 BGB. in Verb. mit § 255 CPO. auf das Interesse belangt werden. Gegen den dagegen, der sich in doloser Weise des Besitzes entschlagen hat, kann natürlich nicht aus § 1007 geklagt, sondern nur Schadensersatz verlangt werden nach § 989 und § 990 BGB.

Der Anspruch aus § 1007 geht auch gegen den Mitbesitzer und Teilbesitzer. Nicht ist die Klage gegen den Besitzdiener zulässig, denn dieser gilt nicht als Besitzer im technischen Sinne, und es muss in einem solchen Falle die Klage gegen den Besitzherrn gerichtet werden, für den der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt ausübt.

Wenn wir das Gesagte zusammenfassen, so ergibt sich, dass in der Passivlegitimation die beiden Klagen fast übereinstimmen und die Unterschiede lediglich aus der heute veränderten Fassung des Besitzbegriffs sich ergeben.

§ 5. c) **Klagbegründung.**

Wenden wir uns nun der Klagbegründung zu.

Da die actio Publiciana durch die Fiktion in der Formel mit der Usukapion verknüpft ist, müssen beim Kläger deren Erfordernisse vorhanden sein.

Dazu gehört zunächst die possessio. Von jeher hat in der Literatur Streit geherrscht darüber, ob früherer Besitz-

erwerb in allen Fällen Voraussetzung für die Anstellung der Publiciana sei, und dieser Streit ist auch heute noch nicht geschlichtet.

Man kann drei Richtungen unterscheiden.

Die herrschende Meinung, vertreten insbesondere durch Windscheid (Pand. § 199 N. 2), Huschke (Publ. Klage S. 50 ff.) und die Glosse (vgl. Landsberg, Glosse, S. 325), erklärt die Besitzerlangung nur insofern für notwendig, als sie Bestandteil der Erwerbstatsache ist, auf welche der Kläger sich beruft.

Die entgegengesetzte Richtung, deren Hauptvertreter Dernburg (Pand. § 228a. 8) ist, hält Besitzerwerb in jedem Falle für ein Erfordernis der Klage.

Eine mittlere Richtung endlich, der z. B. Vangerow (Pand. § 335 II 1 a) angehört, glaubt, Besitzerwerb sei nicht erforderlich, wenn die angerufene Erwerbstatsache ihn nicht verlange, unter der Voraussetzung jedoch, dass wenigstens der auctor im Besitz der Sache gewesen ist.

Die Quellen geben folgende Anhaltspunkte für die Beurteilung: Besitzerwerb wird gefordert in l. 2 D. 6, 2; l. 6 D. 6, 2; l. 9 § 6 D. 6, 2; l. 12 pr. D. 6, 2; l. 17 D. 6, 2 und besonders auch in § 4 J. 4, 6 sowie bei Gaius IV § 36, so dass also sowohl im Edikt wie in der Formel Besitzerwerb vorausgesetzt wurde. Die herrschende Ansicht beruft sich auf folgende Stellen: l. 2 D. 6, 2; l. 1 § 2 D. 6, 2; l. 7 pr. D. 6, 2; l. 11 § 2 D. 6, 2; l. 12 § 1 D. 6, 2; l. 15 D. 6, 2.

Ich möchte mich der von Dernburg vertretenen Ansicht anschliessen, und zwar zunächst, weil die Publiciana nun einmal mit der Usukapion verbunden war und bei letzterer die possessio das wesentlichste und ursprünglich neben dem tempus sogar einzigste Erfordernis war (vgl. Dernburg, Pand. § 219 I).

Ausserdem scheinen mir die für die gegenteilige Ansicht angeführten Stellen nicht überzeugend zu sein.

Denn in l. 1 § 2 und l. 2 handelt es sich gar nicht um Tradition, sondern es wird hier lediglich das „nondum usucaptum“ des Edikts näher begründet. Und in l. 7 pr., wo die adiudicatio als Zulassungsgrund für die Publiciana behandelt ist, wird zwar Besitzerwerb nicht erwähnt, aber lediglich deshalb, weil nur die iustae causae aufgezählt werden, dagegen die anderen Erfordernisse der Usukapion hier gar nicht in Betracht kommen und daher einfach weggelassen sind. In l. 11

§ 2 wird Besitzerwerb nicht verlangt, weil bei dem partus ancillae, der als pars viscerum gilt, eine besondere Besitzergreifung nicht stattzufinden braucht. Nach l. 12 § 1 ist für den Universalfideikommissar Besitzerwerb nicht nötig, weil er nach justinianischem Recht heredis loco steht, also in den publicianischen Besitz des Erblassers eintritt (vgl. S. 13); l. 15 bildet einen Spezialfall, der auf der Besonderheit des Sklavenrechts beruht, also für die spätere Zeit nicht zum Vorbild genommen werden kann. Vgl. Dernburg, Pand. § 228 a. 8; Goldmann, Publ. Schutz S. 20, 21.

Aus diesen Gründen, und ferner noch, weil die gegenteilige Ansicht zu ganz irrationellen Ergebnissen führen würde (vgl. das Beispiel bei Dernburg, Pand. § 228 a. 8), halte ich Besitzerwerb in allen Fällen für ein Erfordernis der Publiciana.

Eine weitere Voraussetzung der actio Publiciana ist die bona fides. Bezüglich dieser gilt dasselbe wie bei der Usukapion. Demnach ist in gutem Glauben, „wer seinen Erwerb entschuldbarer Weise für rechtmässig hält“ (vgl. Dernburg, Pand. § 194 N. 2), oder, um mit Windscheid (Pand. § 176) zu reden, „wer der redlichen Überzeugung ist, dass er in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe“. Verfehlt ist die namentlich von Stintzing (das Wesen von bona fides und titulus, insbesondere S. 60 und S. 123) verteidigte Anschauung, dass die bona fides nur einen negativen Sinn habe, nämlich als Nichtkenntnis eines bestehenden Mangels. Vgl. Dernburg, Pand. § 194 N. 2 a.

Auf Rechtsirrtum kann die bona fides nicht gestützt werden, weil jeder das Recht kennen muss (vgl. l. 4 D. 22, 6; l. 31 pr. D. 41, 3; l. 2 § 15 D. 41, 4; Dernburg, Pand. § 220 N. 4 u. § 87 N. 3; Windscheid, Pand. I, § 178). Sie muss regelmässig vorhanden sein im Augenblick der Tradition, also des Besitzerwerbes.

Nur für den Fall des Kaufes gilt eine Besonderheit: Pomponius vertritt in l. 7 § 14 D. 6, 2 die Ansicht, dass bona fides nur im Augenblick des Abschlusses des Kaufvertrages beim Erwerber vorhanden sein müsse. Ulpian dagegen verlangt unter Berufung auf Julian in l. 7 § 17 D. 6, 2 guten Glauben auch im Augenblick der Tradition, und dies war die später herrschende Ansicht.

Nach justinianischem Recht galt für die Usukapion wie

für die bonae fidei possessio der Grundsatz: mala fides superveniens non nocet. Das kanonische Recht stellte für die Ersitzung das Erfordernis der Fortdauer des guten Glaubens auf.

Es ist lebhafter Streit entstanden, ob auch für die Publiciana der Grundsatz „mala fides superveniens nocet" durchzuführen sei auf Grund des Zusammenhangs mit der Ersitzung. Windscheid (Pand. § 199) bejaht die Frage, von anderen, wie Dernburg (Pand. § 228 N. 3) und Vangerow (Pand. § 335 II, 1 d.) wird sie verneint.

Ich möchte der letzteren Meinung beitreten, denn für die Ersitzung ist das Erfordernis der Fortdauer des guten Glaubens eingeführt worden im Interesse des Eigentümers, damit er nicht so leicht sein Eigentum verliere, bei der Publiciana fällt aber dieses Bedürfnis fort, da sie gegen den Eigentümer nicht durchdringt. Ferner war zwar die Publiciana durch die Fiktion in der Formel mit der Usukapion verbunden, aber im justinianischen Recht war sie zu einem abgeschlossenen Rechtsinstitut geworden, auf das durchaus nicht alle späteren Veränderungen der Usukapion übertragen zu werden brauchten.

Bei Besitzerwerb durch Vertreter muss die bona fides vorhanden sein beim Vertretenen, beim Vertreter nur in den Fällen, in denen der Vertretene keinen eigenen Willen zum Besitzerwerb zu haben braucht, also z. B. wenn es sich handelt um Besitzerwerb für Bevormundete oder für juristische Personen (vgl. Windscheid, Pand. I § 177 N. 3).

Ein weiteres Erfordernis der Ersitzung und daher auch der Publiciana bildet der Titel. Unter Titel versteht man „Vorgänge, welche den Erwerb des Eigentumsbesitzes als rechtmässig erscheinen lassen" (vgl. Dernburg, Pand. § 220 N. 3).

Ursprünglich einziger Titel bei der Publiciana war der Kauf, was aus der von Gaius IV § 36 überlieferten Formel, „si quem hominem A. Agerius emit. . .", klar hervorgeht. Später wurden auch alle anderen Titel zugelassen. Darauf weisen besonders hin die allgemeine Fassung des Edikts: „qui ex iusta causa" (l. 1 pr. D. 6, 2), sowie l. 3 § 1 D. 6, 2 und l. 13 pr. D. 6, 2: „quaecumque sunt iustae causae acquirendarum rerum."

Eine Besonderheit galt bei der Publiciana im Gegensatz zur Ersitzung für den Fall des Kaufes. Da nach römischem Recht beim Kauf das Eigentum erst überging, wenn der Kaufpreis gezahlt oder gestundet war, bildete die blosse Tradition

beim Kauf keinen Ersitzungstitel. Gaius hat aber für die Publiciana in l. 8 D. 6, 2 die Anschauung vertreten, dass hier die blosse Tradition einen iustus titulus darstelle, ohne dass der Kaufpreis gezahlt oder gestundet ist.

Wie bei der Ersitzung, so wird auch bei der Publiciana ein Putativtitel ganz allgemein als genügend angenommen. Nach Windscheid (Pand. § 199a. 6) lässt sich dies nicht aus unserem Titel herleiten, sondern nur durch Analogie zur Ersitzung begründen, nach Dernburg (Pand. § 228a. 7) geht es direkt hervor aus l. 5 D. 6, 2 und l. 7 § 2 D. 6, 2.

In der letzteren Stelle hat man einen Widerspruch zu l. 2 § 16 D. 41, 4 finden wollen. Ulpian schliesst sich in l. 7 § 2 der Ansicht des Marcellus an: „Is, qui a furioso ignorans eum furere emit, potest usucapere: ergo et Publicianam habebit."

In der anderen Stelle sagt Paulus: „Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero. constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit."

Diese Antinomie lässt sich lösen, wenn man annimmt, Paulus versage in seiner Stelle dem Käufer die Publiciana nur gegen seinen auctor, weil der Käufer infolge der Nichtigkeit des Kaufgeschäfts der exceptio dominii des auctor keine replicatio rei venditae et traditae entgegenstellen könne; so zuerst die Glosse, vgl. Landsberg, Glosse S. 176; ferner Dernburg, Pand. § 228a. 7; Windscheid, Pand. § 199a. 5; Vangerow, Pand. § 335. Aber auch, wenn man diese Lösung verwirft, muss man anerkennen, dass die Stelle von Ulpian, weil sie in dem Titel über die Publiciana steht, als die massgebliche zu erachten ist.

Eine Voraussetzung für die Anstellbarkeit der Publiciana war auch, dass die in Anspruch genommene Sache zu den ersitzungsfähigen Sachen gehörte. So heisst es in l. 9 § 5 D. 6, 2: „haec actio in his, quae usucapi non possunt, locum non habet."

Ausgeschlossen waren demnach alle res extra commercium (res divini iuris, res publicae, res omnium communes), sodann Sachen des Staats, Sachen des Kaisers, die res furtivae, die res vi possessae, Sachen, die einem Veräusserungsverbot unterlagen, die Grenzen von Grundstücken und das von den Beamten Erpresste.

Besonders bedeutsam war der Ausschluss der res furtivae infolge des sehr weiten Begriffs des furtum; denn sogar die Veräusserung einer fremden beweglichen Sache durch den bösgläubigen Besitzer galt in Rom als furtum. Daher waren tatsächlich die meisten Sachen ersitzungsunfähig, was Gaius II § 50 mit den Worten hervorhebt: „Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit"; ebenso § 3 I. 2, 6.

Das fünfte Erfordernis der Ersitzung, das tempus, fiel bei der Publiciana infolge der Fiktion ganz weg, und so kann Paulus in l. 12 § 7 D. 6, 2 mit Recht sagen: „Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur." Dies führte dazu, dass, wie aus l. 12 § 5 D. 6, 2 hervorgeht, die Publiciana auch angestellt werden konnte wegen Sachen, die noch gar nicht ein Jahr lang existierten, so dass hier die Fiktion der Usukapion geradezu unsinnig erschien.

Nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts braucht übrigens der Kläger von den vier Erfordernissen der Publiciana nur zwei, nämlich titulus und possessio, seinerseits zu beweisen (vgl. Baron, Pand. S. 280; Dernburg, Pand. § 220a. 32; Schulin, Anwendungsfälle S. 3; Giese, Besitzrechtsschutz S. 58), seine Gutgläubigkeit dagegen wird solange als vorhanden angenommen, bis der Beklagte seine Bösgläubigkeit beweist, und ebenso liegt dem Beklagten der Beweis ob, dass die Sache nicht ersitzungsfähig sei.

Zur Begründung der Klage aus § 1007 BGB. ist in allen Fällen, entsprechend der possessio bei der actio Publiciana, der Nachweis früheren Besitzes des Klägers erforderlich. Und zwar genügt, wie oben S. 17 ausgeführt wurde, jede Art von Besitz. Da für den Anspruch aus § 1007 keine besondere Verjährungsfrist vorgeschrieben ist und somit die allgemeine Verjährungsfrist platzgreift (vgl. Feustel S. 11), darf der frühere Besitz bis 30 Jahre zurückliegen.

Bona fides des Klägers gehört nach § 1007 nicht zum Klagegrund, sondern der Mangel derselben ist vom Beklagten verteidigungsweise geltend zu machen; es ist also tatsächlich die Sachlage hier ebenso, wie nach der herrschenden Ansicht bei der Publiciana.

Zum Klaggrund gehört weiter der Nachweis des gegenwärtigen Besitzes des Beklagten. Auch hier kommt, wie oben S. 20ff. dargelegt, jede Art von Besitz in Betracht, insbesondere auch der mittelbare Besitz.

Es hat drittens Kläger den Nachweis eines schlechteren Rechts des Beklagten zu führen. Beklagter ist schlechter berechtigt sowohl, wenn er bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war, als auch, wenn die Sache dem Kläger gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.

Diese beiden Klaggründe kann der Kläger alternativ geltend machen.

Er kann sich also zunächst auf die Bösgläubigkeit des Beklagten stützen; vgl. § 1007, 1. Er muss nachweisen, dass der Beklagte „bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war". Es fragt sich, was hierunter zu verstehen ist.

Die einzige Stelle, wo das BGB. eine Definition des guten Glaubens gibt, ist in § 932, 2: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört."

Hier soll offenbar keine allgemein giltige Definition des Begriffs gegeben werden, sondern nur für den Spezialfall der Eigentumsübertragung. Wenn nun das BGB. in anderen Fällen, so z. B. in § 937 und § 1007, vom „guten Glauben" spricht, ohne eine Definition zu geben, so ist diese Ausdrucksweise eigentlich ungenau, und es muss in diesen Fällen ein besonderer Begriff des guten Glaubens entwickelt werden. Für § 1007 kann dieser hergeleitet werden aus § 990. Hier ist massgebendes Moment der Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb die Kenntnis, dass man zum Besitze nicht berechtigt ist. Und da bezüglich des guten Glaubens die grobfahrlässige Nichtkenntnis der Kenntnis in all den Fällen gleichzustellen ist, in denen nicht das Gegenteil bestimmt ist (Gierke, Fahrnisbesitz, S. 51a. 19, Planck, BGB., III § 990, 2aβ), so ist also im Fall des § 1007 beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben, „wer weiss oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er zum Besitze nicht berechtigt ist" (vgl. Dernburg, das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens § 120 S. 353; Biermann, Sachenrecht § 1007, a. 2; Planck BGB. III § 990, 2aβ und § 1007, 2bα; Neumann BGB. S. 520; Gierke,

Fahrnisbesitz S. 51; ähnlich Endemann, Einführung ins BGB II, 1 S. 185).

Es kommt nach § 1007 nur auf die Bösgläubigkeit im Augenblick des Erwerbes des Besitzes an, es gilt also der Satz: Mala fides superveniens non nocet.

Das Mittel, die Bösgläubigkeit des Beklagten nachzuweisen, ist, dass der Kläger „die Art des fremden Besitzerwerbes aufdeckt und den ihr anhaftenden Redlichkeitsmangel nachweist" (Gierke, Fahrnisbesitz S. 51). Es kommt also hier auf seiten des Beklagten der titulus zum Vorschein.

Ein solcher Redlichkeitsmangel liegt zunächst bei dem vor, der einseitig eine Sache in Besitz nimmt, trotzdem er weiss oder lediglich infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass er kein Recht auf den Besitz hat. Hierhin gehört nicht nur der, welcher überhaupt kein Recht auf den Besitz hat, wie etwa ein Dieb, sondern auch der, welchem sein Recht an sich einen Anspruch auf den Besitz gibt, welcher aber auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses von der Besitzergreifung ausgeschlossen ist, so z. B. der Eigentümer, der die Sache in Pfandbesitz gegeben hat und sie nun mit Gewalt dem Pfandgläubiger abnimmt.

Bösgläubigkeit liegt ferner dann vor, wenn jemand sich Besitz übertragen lässt, obschon er weiss oder grobfahrlässig nicht weiss, dass er das Besitzrecht eines anderen durch seinen Besitzerwerb verletzt. Bösgläubig sind also der Hehler sowie der, welcher sich vom Nichteigentümer ohne guten Glauben Eigenbesitz, Pfandbesitz etc. übertragen lässt und so dingliche Rechte eines anderen verletzt. Ebenso der, welcher sich ein obligatorisches Recht, wie z. B. Mietrecht, einräumen lässt, trotzdem er weiss oder grobfahrlässig nicht weiss, dass der andere zu der Verfügung nicht berechtigt ist.

Es genügt, wenn der böse Glaube des Erwerbers sich auf die Rechte irgend eines beliebigen Dritten bezog (vgl. Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1, S. 90).

Im Fall der Besitzübergabe liegt Bösgläubigkeit auch vor bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Nichtkenntnis eines Mangels des der Besitzübertragung zu Grunde liegenden Erwerbsgeschäfts, also z. B. der Nichtigkeit des Geschäfts wegen Geschäftsunfähigkeit, Formmangels, Verstosses gegen die guten Sitten, oder der Anfechtbarkeit wegen Irrtums, Zwangs und Betrugs.

Eine solche mala fides des Beklagten als Voraussetzung der Klage kannte das römische Recht bei der actio Publiciana nicht, sondern hier kam dieselbe nur in Form der replicatio doli des Klägers in Betracht.

Statt auf Bösgläubigkeit des Beklagten kann der Kläger sich auch darauf berufen, ihm sei die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen. Kann er dies beweisen, so dringt er nicht nur gegen den unredlichen Beklagten durch, sondern „er kann die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen". Handelt es sich um Geld oder Inhaberpapiere, so kann nur aus § 1007, 1 geklagt werden.

In § 1007, 2 ist offenbar, dass die gestohlenen oder verlorenen Sachen nur Spezialfälle der abhanden gekommenen Sachen darstellen. Für den Begriff der gestohlenen Sachen ist nicht der strafrechtliche Begriff des Diebstahls massgeblich, sondern es fallen auch die Fälle des Raubes darunter. Was unter verlorenen Sachen zu verstehen sei, richtet sich nicht danach, ob der gewöhnliche Sprachgebrauch sie als „verloren" bezeichnet, sondern es rechnen dazu alle Sachen, die infolge Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit des Inhabers aus dessen Gewahrsam gekommen sind.

Es bleibt nun noch der allgemeine Begriff der abhanden gekommenen Sachen zu ermitteln.

In der Fassung, welche der jetzige § 1007 ursprünglich in der zweiten Kommission hatte, standen an Stelle der Worte „oder sonst abhanden gekommen" die Worte „oder sonst ohne den Willen des früheren Besitzers aus dessen Besitz gekommen" (vgl. Prot. II. Lesung B. III S. 381). Danach fallen also unter den Begriff der abhanden gekommenen Sachen alle gegen den Willen des Besitzers aus dessen Besitz gekommenen Sachen, und so ist denn auch der Begriff in der Literatur ganz allgemein gefasst worden (vgl. Planck, BGB., III § 935a. 2; Biermann, Sachenrecht § 935a. 2; Dernburg, Sachenrecht § 103, II, 2; Gierke, Fahrnisbesitz S. 59; Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 § 81a. 14).

Handelt es sich um mittelbaren Besitz, so ist auf den Willen des Besitzmittlers zu sehen. Ist diesem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen, so gilt dies auch als unfreiwilliger Besitzverlust des

mittelbaren Besitzers, so dass dieser also aus § 1007, 2 klagen kann. Hat dagegen der Besitzmittler die Sache unterschlagen, weggegeben oder weggeworfen oder sonst durch eigenes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger, es ist ihm also die Klage aus § 1007, 2 verschlossen (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 25 a. 13 u. S. 60; Planck, BGB., III, § 1007, 2, b, β; Biermann, Sachenrecht § 935 a. 2; Giese, Besitzrechtsschutz S. 68). Cosack versagt in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht dem mittelbaren Besitzer die Klage aus § 1007, 2, falls der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig aufgegeben hat (vgl. Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1, S. 89α); dagegen lässt er die Klage aus § 1007, 1 zu, da gegenüber einem bösgläubigen Besitzer auf den Willen des unmittelbaren Besitzers nichts ankomme, sodass auf seiten des mittelbaren Besitzers keine Besitzaufgabe vorliege und die Einwendung aus § 1007, 3 ausgeschlossen sei (vgl. S. 89β). Von der herrschenden Ansicht entfernt sich vollständig Endemann, wenn er (Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 § 41 a. 7) sagt: „Abhanden gekommen ist die Sache auch, wenn der Besitzmittler sie dem mittelbaren Besitzer z. B. unterschlägt. Der dadurch betroffene mittelbare Besitzer kann auch in diesem Fall gegen den dritten Erwerber erfolgreich die Vindikation anstellen."

Anders liegt es beim Besitzdiener. Bei diesem wird ein selbständiger Wille in bezug auf die Sache nicht anerkannt, sondern es ist lediglich der Wille des Besitzherrn massgebend. Hat also der Besitzdiener die Sache veruntreut, so gilt dies als unfreiwilliger Besitzverlust des Besitzherrn, diesem steht also die Klage aus § 1007, 2 offen.

Im einzelnen sind zu den abhanden gekommenen Sachen solche zu zählen, die ohne alle Mitwirkung des Besitzers durch höhere Gewalt etc., so durch Orkane, Brände, Überschwemmungen, aus seinem Besitz gekommen sind. Ebenso ist Abhandenkommen dann anzunehmen, wenn der Besitzer zwar die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgegeben hat, ihm aber wegen Geschäftsunfähigkeit überhaupt kein rechtlich anerkannter Wille eigen ist.

Streitig ist, ob auch die Besitzaufgabe durch einen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten als unfreiwilliger Besitzverlust anzusehen ist. Nach den Motiven (B. III S. 348) und

ebenso nach Fuld (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 89) und Staudinger (BGB., III § 935a. 1b) ist dies zu verneinen, weil der Betreffende ja willensfähig sei. Nach Planck (BGB., III § 935 N. 2) ist Besitzverlust wider Willen anzunehmen, weil auf die Besitzaufgabe, die eine sog. Rechtshandlung ist, die Regeln über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sind, so dass also die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgte Aufgabe des Besitzes als ohne den Willen des Besitzers erfolgt anzusehen ist.

Dieselbe Streitfrage taucht auf, wenn die Besitzaufgabe wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar ist. Biermann (Sachenrecht § 935a. 2), sowie Staudinger (BGB. III § 935a. 1b) und Fuld (Arch. f. d. ziv. Praxis B. 89) nehmen im Anschluss an Motive B. III S. 348 an, dass hier kein freiwilliger Besitzverlust vorliege, nach Planck (BGB., III § 935 N. 2) ist ein solcher wohl anzunehmen. Dernburg (Sachenrecht § 103 II, 2) entscheidet sich für unfreiwilligen Besitzverlust im Fall der Drohung, für freiwilligen im Fall des Irrtums.

Überblicken wir die Klagbegründung, so müssen wir sagen, dass hier, also gerade bei dem wichtigsten Punkte, die beiden Klagen sehr wenig Berührungsmomente haben; denn gemeinsame Grundlage ist nur der Besitz; im übrigen müssen bei der actio Publiciana infolge der Fiktion die Erfordernisse der Usukapion auf seiten des Klägers vorhanden sein, während die Klage aus § 1007 BGB. von ganz anderen Voraussetzungen ausgeht.

§ 6. d) **Verteidigung.**

Fassen wir nun die Verteidigung ins Auge.

Die Verteidigungsmittel, die bei der actio Publiciana dem Beklagten zu Gebote stehen, ergeben sich aus der Natur der Klage. Diese war dazu bestimmt, dem redlichen Erwerber Schutz zu gewähren gegen Schlechterberechtigte.

Sie richtete sich also zunächst nicht gegen den Eigentümer. „Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur", sagt Neratius in l. 17 D. 6, 2.

Wurde der Eigentümer mit der Publiciana belangt, so stand ihm die Einrede zu, er sei Eigentümer: „Exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est" (vgl. l. 16 D. 6, 2); vgl.

auch die Stelle: „exceptio, si ea res possessoris non sit“ (l. 17 D. 6, 2). Aus dieser letzteren Stelle geht auch hervor, dass der beklagte Besitzer sich nur auf sein Eigentum berufen kann, nicht auf das eines Dritten. Wie Huschke (Publ. Klage S. 84ff.) im Anschluss an die Stelle: „cum exceptio iusti dominii causa cognita detur“ (l. 57 D. 171), nachgewiesen hat, wurde die exc. dominii causa cognita gegeben, d. h. nicht in jedem Falle, sondern nur, wenn sich der Prätor im Einzelfalle von der Billigkeit dieser Massregel überzeugt hatte (vgl. Windscheid, Pand. § 199a. 14).

Durch die exc. dominii erreichte aber der beklagte Eigentümer nicht stets die Abweisung des Klägers, sondern diesem stand in einigen Fällen die Möglichkeit zu, durch Replikationen aus einer besseren Berechtigung die exc. zu überwinden. Aus den Digesten lassen sich nachweisen die replicatio rei iudicatae (vgl. l. 24 D. 44, 2), ferner die replicatio doli mali (vgl. l. 4 § 32 D. 44, 4) und endlich die replicatio rei venditae et traditae.

Letztere wird z. B. gegeben, wenn jemand eine Sache a non domino erworben hat, und der Veräusserer später Eigentümer geworden ist (l. 1 pr. D. 21, 3), und ferner, wenn jemand eine Sache a non domino erworben hat, und der Veräusserer vom wahren Eigentümer beerbt worden ist (vgl. l. 1 § 2 D. 21, 3).

Es muss wundernehmen, dass es im justinianischen Recht noch eine repl. rei venditae et traditae gibt, denn vor Justinian kam doch eine exc. rsp. repl. r. v. et tr. nur beim bonitarischen Eigentum in Betracht, also bei der Art der Publiciana, die sich gegen den quiritischen Eigentümer richtete (S. 8), dagegen nicht bei der zweiten Art (S. 8). Als nun mit Justinian das bonitarische Eigentum wegfiel, musste auch die repl. r. v. et tr. wegfallen, da die Publiciana in der Funktion, in welcher sie bestehen blieb, ihrem Wesen nach nicht gegen den Eigentümer ging; man hat aber in den Ausnahmefällen des 3. Titels des XXI. Buches die exc. rei v. et tr. zugelassen, indem man darin nur Fälle des redlichen Erwerbes sah. Dem Erfolg nach liegt aber hier bonitarisches Eigentum vor.

Es ergibt sich also die interessante Tatsache, dass auch noch nach der justinianischen Kodifikation in gewissen Aus-

nahmefällen ein doppeltes Eigentum in die Erscheinung tritt (vgl. Dernburg, Pand. § 193a. 13).

Nicht nur, wenn der Beklagte sich auf sein Eigentum beruft, erreicht er die Abweisung des Klägers, sondern es genügt schon, wenn er dem klägerischen Anspruch die exceptio paris bonae fidei possessionis entgegensetzt, also nachweist, dass ihm ein gleichstarkes publizianisches Recht zusteht.

Über die Frage, wann der Beklagte ein gleichstarkes Recht hat, herrscht schon in den Quellen keine Übereinstimmung.

Ulpian sagt in l. 9 § 4 D. 6, 2: „Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit.

„Et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est."

Neratius dagegen äussert seine Ansicht in l. 31 § 2 D. 19, 1: „Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est."

Beide Stellen stimmen darin überein, dass sie im Fall des Erwerbes von demselben auctor demjenigen, dem die Sache zuerst tradiert wurde, das stärkere Recht zusprechen, also den Grundsatz anwenden: qui prior tempore potior iure.

Beim Erwerb von verschiedenen Auktoren aber nimmt Ulpian mit Julian Gleichberechtigung an und lässt daher dem, der sich einmal im Besitz befindet, denselben unangetastet. Neratius dagegen spricht auch in diesem Falle dem, welchem zuerst tradiert wurde, das stärkere Recht zu.

Es sind die verschiedensten Versuche gemacht worden, die beiden Stellen in Einklang mit einander zu bringen (so z. B. durch die Glosse, vgl. Landsberg, Glosse S. 330, durch Vangerow, Pand. § 335 und Huschke, Publ. Klage S. 94ff.), aber keiner derselben befriedigt vollkommen.

Wir haben eben hier, wie in so manchen Fällen, trotz

der stolzen Behauptung Justinians, es fänden sich in seinem Gesetzeswerk keine unvereinbaren Widersprüche (vgl. l. 2 §§ 15 u. 23 C. 1, 17), eine unlösbare Antinomie vor uns.

Es handelt sich also nur darum, zu entscheiden, welche Stelle den Vorzug verdient. Und da muss man sich entschieden mit der herrschenden Meinung (vgl. Puchta, Inst. § 233; Windscheid, Pand. § 199a. 13; Dernburg, Pand. § 228a. 15) der Ansicht des Ulpian anschliessen.

Denn zunächst muss man zugeben, dass das Urteil von solchen Autoritäten wie Ulpian und Julian doch weit mehr ins Gewicht fällt als die Ansicht des Neratius. Sodann ist zu beachten, dass die Ansicht des Ulpian die zeitlich spätere ist. Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass Paulus bezüglich der Priorität zweier Pfandrechte ebenso entscheidet wie Ulpian: „Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit“ (vgl. l. 14 D. 20, 4). Dazu kommt endlich noch, dass die Ansicht des Ulpian in dem über die Publiciana handelnden Titel steht, so dass vom Standpunkt der justinianischen Kompilation seine Ansicht unbedingt als die massgebliche zu erachten ist.

So hat denn auch die Praxis des gemeinen Rechts entsprechend der Ansicht des Ulpian geurteilt, und auch der Entwurf I BGB. § 945 hatte sich Ulpian angeschlossen (vgl. S. 11).

Das Prinzip Ulpians lässt uns im Stich, wenn von den beiden publizianisch Berechtigten keiner im Besitz ist, sondern sie ungefähr gleichzeitig einen dritten schlechter berechtigten Besitzer verklagen. Nach Dernburg (Pand. § 228a. 16) entscheidet dann die Prävention.

Der Beklagte kann sich auch in der Weise gegen den Anspruch des Klägers verteidigen, dass er nachweist, der Kläger habe die Sache freiwillig veräussert; denn in diesem Falle hat nach der herrschenden Ansicht der Kläger sein publicianisches Recht verloren (vgl. S. 16).

Im übrigen können, entsprechend dem Satze „in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus“, seitens des Beklagten alle Gegenansprüche geltend gemacht werden, welche ihm gegen die rei vindicatio zustehen. So hat er insbesondere wegen Verwendungen, die er auf die

Sache gemacht hat, ein Retentionsrecht in demselben Umfange wie bei der rei vindicatio.

Endlich kann der Beklagte auch geltend machen, Kläger sei bei dem Erwerb der Sache mala fide gewesen, denn nach der herrschenden Meinung (vgl. S. 27) brauchte ja der Kläger nicht seine bona fides zu beweisen, sondern Beklagter musste den Mangel derselben dartun.

Bei den Verteidigungsmitteln, die gegen die Klage aus § 1007 dem Beklagten zustehen, lassen sich unterscheiden solche, die der Beklagte in allen Fällen geltend machen kann, und solche, auf die sich nur der gutgläubige Beklagte stützen kann.

Da bei der Klage aus § 1007 gemäss § 1007, 3² geradeso wie bei der Publiciana die Vorschriften der rei vindicatio entsprechende Anwendung finden, kann der Beklagte zunächst stets die Einwendungen aus § 986 erheben, also die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem früheren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. War der mittelbare Besitzer dem früheren Besitzer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Beklagten nicht berechtigt, so muss letzterer die Sache dem mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, dem früheren Besitzer herausgeben.

Das Besitzrecht, welches Beklagter dem Kläger entgegensetzt, kann sowohl in einem dinglichen wie auch in einem obligatorischen Recht gegeben sein.

Als dingliches Recht kann z. B. ein Pfandrecht, ein Niessbrauch, aber auch Eigentum geltend gemacht werden. Allerdings nicht das Eigentum als solches begründet hier eine Einwendung, sondern es müssen noch andere Umstände hinzukommen (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 57; abw. Staudinger BGB., III § 1007 a. 3, 1). So kann der Eigentümer, der dem Pfandgläubiger die Sache gewaltsam weggenommen hat, die Herausgabe verweigern, wenn er nachweist, dass ihm das Eigentum zusteht, und dass das Pfandrecht des früheren Besitzers erloschen ist. Sogar der bösgläubige Besitzer kann die Herausgabe verweigern, wenn er dartut, dass er Eigentümer ist, und dass der frühere Besitz des Klägers auf einem vom

Erblasser desselben erworbenen und somit erloschenen Niessbrauch beruhte (Gierke, Fahrnisbesitz S. 57).

Auch auf jedes obligatorische Besitzrecht, wie z. B. ein Miet- oder Pachtrecht, kann der Beklagte sich berufen.

Es ist streitig, ob die Verteidigungsmittel aus § 986 Einreden im Sinne des BGB. oder Einwendungen sind. Ich möchte auf diese Frage hier nicht näher eingehen und bezeichne die Verteidigungsmittel des § 986 in dieser Arbeit als Einwendungen (vgl. Crome, Lehrbuch des bürg. Rechts I § 36 S. 189; Planck, BGB., III § 1007a. 3a β).

Wie der Besitzer die Rechte des § 986 geltend machen kann, so stehen ihm auch die Gegenansprüche zu, welche nach den §§ 987—1003 gegen die rei vindicatio statthaft sind. So kann er insbesondere die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen geltend machen (vgl. § 1000).

Gegenüber dem klägerischen Anspruch kann sich der Beklagte auch stets darauf berufen, dass der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei (§ 1007, 3). Der Begriff des guten Glaubens ist oben S. 28. entwickelt worden. Weist der Beklagte die Bösgläubigkeit des Klägers nach, so „ist der Anspruch des Klägers ausgeschlossen“. Dieser wird also, selbst wenn ihm ein Besitzrecht zusteht, mit der Klage abgewiesen. Und dies gilt selbst dann, wenn auch der Beklagte beim Besitzerwerb bösgläubig war. Denn es ist dann der Beklagte zwar nicht besser berechtigt als der Kläger, aber auch nicht schlechter, und wenn beide Parteien den Besitz bösgläubig erworben haben, liegt kein Grund vor, den Besitzstand, so wie er augenblicklich ist, zu verändern; es kommt dann der Grundsatz zur Anwendung „in pari turpitudine melior est condicio possidentis“, der Beklagte behält seinen Besitz. So kann also z. B. der Dieb oder Hehler, dem die Sache gestohlen wird, nicht mit Erfolg aus § 1007 klagen.

Auch hier ist streitig, ob eine Einrede im Sinne des BGB. oder eine Einwendung vorliegt. Die Entscheidung wird dieselbe sein, wie für § 861, 2; Endemann (Lehrbuch des bürg. Rechts II, 1 § 44 S. 179a. 10) nimmt hier an, es liege eine peremtorische (dauernde) Einrede vor, so dass der Anspruch nur abzuweisen wäre, wenn der Beklagte die Bösgläubigkeit des Klägers nachweist. Nach der herrschenden Ansicht da-

gegen (vgl. Planck, BGB., III § 861a. 4 u. § 1007a. 3aα; Giese, Besitzrechtsschutz S. 72; Feustel, der Anspruch aus § 1007, S. 22; Peipers, Besitzrechtsklage S. 46) liegt eine Einwendung vor, es ist also der Anspruch ex officio abzuweisen, auch wenn sich bloss aus dem Vorbringen des Klägers seine Bösgläubigkeit ergibt.

Zu bemerken ist noch, dass in § 1007, 3 nur Bösgläubigkeit bei dem Erwerbe des Besitzes in Betracht kommt, dass also der Satz gilt: mala fides superveniens non nocet.

In allen Fällen kann sich auch der Beklagte gegen den Anspruch aus § 1007 durch den Nachweis verteidigen, dass Kläger den früheren Besitz, auf den er sich stützt, freiwillig aufgegeben habe. Es ist dann „der Anspruch des Klägers ausgeschlossen". Nur wenn dieses Vorbringen durch den bösgläubigen Beklagten geschieht, also im Fall des Abs. 1 § 1007, stellt es eine wirkliche Einwendung vor, die also den Beklagten beweispflichtig macht. Wenn dagegen der gutgläubige Beklagte im Fall des Abs. 2 § 1007 freiwillige Besitzaufgabe des Klägers geltend macht, so ist dies Klageleugnung, also Verneinung der im Klaggrund angeführten Tatsachen, und es hat dann der Kläger den Klaggrund zu beweisen. Es wäre also besser gewesen, diese Einwendung in den Abs. 1 zu setzen.

Wann liegt nun Aufgabe des Besitzes vor? Nach § 856 BGB. wird „der Besitz dadurch beendigt, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert". Mit letzterem Ausdruck sind offenbar die Fälle des Besitzverlustes wider Willen gemeint, also dieselben Fälle, in denen das Gesetz bei beweglichen Sachen von „gestohlenen, verlorenen, oder sonst abhanden gekommenen Sachen" spricht (vgl. Planck, BGB., III § 856a. 2; Gierke, Fahrnisbesitz S. 59; Giese, Besitzrechtsschutz S. 64ff.). Zum „Aufgeben" des Besitzes ist erforderlich einerseits Lösung des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses und andererseits ein hierauf gerichteter Wille. Die Besitzaufgabe gehört zu den sog. Rechtshandlungen, es finden also auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung (vgl. S. 32).

Demnach liegt keine Besitzaufgabe vor, wenn ein Kind unter 7 Jahren oder ein Geisteskranker die Sache weggeworfen oder veräussert hat; ebenso wenig, wenn der Besitzdiener treulos handelt. In diesen Fällen liegt vielmehr un-

freiwilliger Besitzverlust, „Abhandenkommen“ vor (vgl. S. 31). Auch dann liegt keine Aufgabe des Besitzes vor, wenn der Besitzer zwar die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgegeben, aber mittelbaren Besitz behalten hat, so z. B. wenn er einem anderen Pfandbesitz, Mietsbesitz etc. eingeräumt hat. Ebenso wenig, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz weiter überträgt, aber selbst mittelbaren Besitz behält. Auch dann nicht, wenn der Besitzer angefangen hat, für einen anderen, der mittelbarer Besitzer wurde, zu besitzen.

Dagegen ist wohl „Aufgabe“ des Besitzes anzunehmen, wenn der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz aufgegeben hat, sei es auf dem Wege der brevi manu traditio oder durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache nach § 870. Auch dann hat der mittelbare Besitzer den Besitz aufgegeben, wenn der unmittelbare Besitzer treuloser Weise die tatsächliche Gewalt aufgegeben hat (vgl. S. 31).

Ausser dem Fall des § 986, wo der Beklagte sich auf ein Besitzrecht des mittelbaren Besitzers berufen kann, steht dem Beklagten keine exceptio de iure tertii zu. Er unterliegt also dem früheren Besitzer, auch wenn er nachweist, dass dessen dingliches Recht an der Sache, wie Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht, nie bestanden hat oder weggefallen ist, und jener zur Herausgabe an einen Dritten verpflichtet ist, oder dass sein obligatorisches, auf Besitz gerichtetes Recht, wie Mietrecht oder Pachtrecht, längst abgelaufen ist und dem dritten Vermieter oder Verpächter ein Rückforderungsrecht zusteht (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 58).

Es kommt also gar nicht darauf an, ob dem Kläger ein Besitzrecht zusteht, denn die Klage aus § 1007 gründet sich nicht auf ein Besitzrecht des Klägers, sondern auf die Tatsache früheren Besitzes desselben.

Dem gutgläubigen Beklagten stehen ausser den bisher erwähnten noch zwei besondere Einwendungen zu.

Zunächst kann er sich darauf berufen, er sei Eigentümer. Schon der Wortlaut des § 1007, 2 ergibt die Beschränkung dieser Einwendung auf den gutgläubigen Beklagten: „er (Kläger) kann die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, dass dieser Eigentümer der Sache ist.“ Während sich der bösgläubige Beklagte nicht einfach auf sein Eigentum stützen durfte, sondern ausserdem noch

ein besseres Besitzrecht dartun musste (vgl. S. 36), begründet hier der blosse Nachweis des Eigentums eine Einwendung.

Für den Nachweis des Eigentums steht dem Beklagten nicht die Vermutung aus § 1006 zur Seite (vgl. § 1006, 1^2), sondern er muss den vollen Beweis des Eigentumserwerbes führen.

Behauptet er, das Eigentum erst nach dem Besitzverlust des Klägers erworben zu haben, so kann er dies dartun zunächst durch den Nachweis, sein auctor sei der wahre Eigentümer gewesen. Im übrigen aber kann er, weil ja der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer bei abhanden gekommenen Sachen regelmässig ausgeschlossen ist, und auf Geld und Inhaberpapiere sich § 1007, 2 nicht bezieht, sein Eigentum nur dartun durch den Nachweis, er habe die Sache in einer öffentlichen Versteigerung erworben, oder aber, er habe das Eigentum ersessen. Eine stattgehabte Ersitzung ist durchaus denkbar, da die Ersitzungsfrist nach § 937 BGB. nur 10 Jahre beträgt, während ja der Anspruch aus § 1007 erst in 30 Jahren verjährt.

Behauptet der Beklagte, schon zur Zeit des Besitzverlustes des Klägers Eigentümer gewesen zu sein, so genügt der Nachweis irgend eines Eigentumserwerbstitels.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes müsste der Einwand des Eigentums seitens des gutgläubigen Beklagten stets die Abweisung des Klägers zur Folge haben.

So müsste also der, welcher früher eine Sache als Pfand besessen hat, unterliegen, wenn der Eigentümer die Sache an sich gebracht hat, ohne dass man ihm bösen Glauben nachweisen kann. Ebenso müsste der frühere Mieter abgewiesen werden, wenn dieser die Sache verlor und der Eigentümer sie fand.

Weil dies im Hinblick auf das bessere Besitzrecht des Klägers unbillig wäre, nimmt Gierke, Fahrnisbesitz S. 62, und mit ihm der grössere Teil der Literatur (vgl. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts II, 1 § 46a. 20; Biermann, Sachenrecht § 1007, 3c; Matthiass, Lehrb. des bürg. Rechts II § 34 III, b, 1; Enneccerus-Lehmann, das bürg. Recht II § 73 N. 3; Giese, Besitzrechtsschutz S. 75) an, dass dem Kläger gegen die Einwendung des Eigentums Repliken in demselben Umfange zustehen, in dem er aus § 986 Einwendungen gegen die Eigentumsklage herleiten kann.

Demnach bestände zwischen dem bösgläubigen und dem

gutgläubigen Beklagten ein Unterschied lediglich in der Beweislast, indem der bösgläubige Beklagte seinerseits ein besseres Besitzrecht nachweisen muss, der gutgläubige Beklagte dagegen sich auf den Nachweis des Eigentums beschränkt und es dem Kläger überlässt, seinerseits auf dem Wege der Replik ein besseres Besitzrecht darzutun.

Andere dagegen, wie Planck (BGB., III § 1007, 3, b, β, αα), Neumann (BGB. § 1007, II, 3), Miethke (Wesen u. Umfang der Klage des § 1007, S. 31 ff.), nehmen an, der Einwand des Eigentums schliesse den klägerischen Anspruch unbedingt aus. Nach Planck kann der Kläger dann sein besseres Besitzrecht geltend machen im Wege der Klagänderung, und diese sei auch ohne Einwilligung des Beklagten stets zuzulassen, da durch sie die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert werde (C. P. O. § 264).

Im Ergebnis würde so dem Kläger Schutz in demselben Umfange gewährt werden, wie nach der von Gierke vertretenen Ansicht.

Ich möchte der Ansicht von Gierke beitreten, denn es liegen hier dieselben Gründe vor, dem Kläger eine Replik zu gewähren, wie bei der Einwendung früheren Besitzverlustes (vgl. S. 42).

Die Einwendung des Beklagten, ihm sei die Sache vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen, steht wie der Einwand des Eigentums nur dem gutgläubigen Beklagten zu.

Diese Beschränkung auf den gutgläubigen Beklagten ergibt sich auch hier schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: ... „von dem gutgläubigen Besitzer ..., es sei denn, dass ihm ... abhanden gekommen war.“.

Und auch hier begründet der Nachweis früheren unfreiwilligen Besitzverlustes eine vollgiltige Einwendung, während der bösgläubige Besitzer dieses Vorbringen nur machen kann zum Nachweis der Bösgläubigkeit des Klägers oder eines ihm gegenüber dem Kläger zustehenden Besitzrechts.

Ganz allgemein wird dem Kläger gegen die Einwendung früheren unfreiwilligen Besitzverlustes die Replik gewährt, Beklagter sei beim Erwerbe des später verlorenen Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen (vgl. Matthiass, Lehrb. des bürg. Rechts II § 34, III, b, 2; Planck, BGB., III § 1007, 3, b, ββ;

Biermann, Sachenrecht § 1007, 3d; Gierke, Fahrnisbesitz S. 63; Feustel, d. Anspruch aus § 1007 S. 27). Gierke S. 63 führt als Grund dafür an, dass ja auch der Beklagte, wenn er gegen den besitzenden Kläger aus § 1007, 2 vorginge, infolge des Einwandes bösgläubigen Besitzerwerbes abgewiesen werden würde (vgl. § 1007, 3). Es ist also dem Kläger die Replik zu gewähren, weil er bei Bösgläubigkeit des Beklagten der besser Berechtigte ist.

Eine Replik aus einem ihm zustehenden besseren Besitzrecht will Gierke dem Kläger nicht verstatten und ihn auf die Klage aus dem besseren Recht verweisen. Er erkennt aber, selbst (S. 62) an, dass dem Kläger ein besseres Besitzrecht zustehen könne, so z. B. wenn er nachträglich die Sache in öffentlicher Versteigerung erworben hat oder durch Ersitzung inzwischen Eigentum erlangt hat.

Einen durchschlagenden Grund für seinen Standpunkt führt Gierke nicht an; ja der Grund, den er selbst für Zulassung der Replik der Bösgläubigkeit des Beklagten anführt, spricht direkt gegen ihn. Denn wenn hier der Beklagte gegen den besitzenden Kläger klagen wollte, würde er ja infolge der Einwendung des Eigentums abgewiesen werden. Ich möchte daher entschieden dem Kläger die Replik des besseren Besitzrechts verstatten und befinde mich dabei in Übereinstimmung mit der in der Literatur allgemein vertretenen Anschauung (übereinst.: Planck, BGB, III § 1007, 2, b, β, ββ; Biermann, Sachenrecht § 1007, 3d; Matthiass, Lehrb. des bürg. Rechts, II § 34, III, b, 2; Peipers, d. Besitzrechtsklage S. 103; Giese, Besitzrechtsschutz S. 77; Feustel, d. Anspruch aus § 1007 S. 26; abw.: Neumann, BGB., § 1007, II, 3; Miethke, Wesen u. Umfang der Klage aus § 1007 S. 36).

Überblicken wir die Verteidigung, so ergibt sich folgendes Bild: In beiden Klagen ist das Prinzip durchgeführt, dass der Beklagte dieselben Gegenansprüche geltend machen kann wie gegen die rei vindicatio. In beiden Klagen kann sich ferner der Beklagte darauf berufen, Kläger habe sein Recht, resp. den Besitz freiwillig aufgegeben. Bösgläubigkeit des Klägers bei dem Erwerbe der Sache bildet nach BGB. § 1007 wie auch nach der herrschenden Ansicht bei der actio Publiciana eine Einwendung.

Im übrigen aber ist die Verteidigung verschieden. Das

bei der Publiciana wirksamste Verteidigungsmittel, die exceptio dominii, kommt in § 1007 nur für den Spezialfall des Abs. 2 in Betracht. Eine Einrede der gleichen Berechtigung, wie sie bei der Publiciana statthaft war, kennt das BGB. überhaupt nicht. Man kann also bezüglich der Verteidigung sagen, dass gewisse Grundprinzipien beiden Klagen eigen sind, dass dagegen die Ausgestaltung der Verteidigungsmittel im einzelnen eine verschiedene ist.

§ 7. e) Gegenstand und Inhalt der Klagen.

Wenden wir uns nun zur Besprechung von „Gegenstand und Inhalt" der beiden Klagen.

Bezüglich der Publiciana sagt das Edikt: „si quis id, quod traditur" . . . Danach sind also auf jeden Fall mit der Publiciana körperliche Gegenstände verfolgbar; und dies können sein Mobilien wie Immobilien. Die Publiciana kann sich auch auf eine Sachgesamtheit, wie eine Herde, beziehen, welche zwar nicht als solche besessen und ersessen, aber wohl vindiziert werden kann.

Was die unkörperlichen Gegenstände angeht, so können nicht mit der Publiciana geltend gemacht werden absolute Personenstandsrechte, wie Freiheit, patria potestas, manus (vgl. Huschke, Publ. Klage S. 38). Wohl sind mit der Klage gewisse Rechte verfolgbar, so z. B. Servituten: „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis . . . item rusticorum" (vgl. l. 11 § 1 D. 6, 2).

Aber auch das Recht der Emphyteuse kann mit der actio Publiciana geltend gemacht werden, ebenso das Recht der Superficies: „In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero" (l. 12 § 2 u. 3 D. 6, 2).

Nicht konnte das Pfandrecht Gegenstand der Publiciana sein, und zwar, wie Gaius l. 13 § 1 D. 6, 2 sagt, weil der Pfandgläubiger sich nie für den Eigentümer hält.

Der Kreis der Sachen, die Gegenstand der Publiciana sein konnten, wurde ganz bedeutend eingeschränkt durch den Umstand, dass die Sachen ersitzungsfähig sein mussten.

Insbesondere führte, wie oben S. 27 gezeigt, der Ausschluss der res furtivae dazu, dass bei Mobilien die Publiciana in den meisten Fällen ausgeschlossen war.

Die Publiciana war die Klage des redlichen Erwerbers wegen Vorenthaltung der Sache, sie ging also auf Herausgabe. Und zwar war die Klage im alten römischen Recht ausschliesslich auf den Fall der Vorenthaltung beschränkt.

Im neueren gemeinen Recht wurde nach dem Vorgange von Puchta die Publiciana auch im Fall der Besitzstörung zugelassen als actio Publiciana negatoria (vgl. z. B. Windscheid, Pand. § 199a. 3).

In § 1007 heisst es: „Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat.“ Demnach können nur bewegliche Sachen Gegenstand der Klage aus § 1007 sein. Für Immobilien war eine besondere Besitzrechtsklage kein Bedürfnis. Denn bezüglich der zum Besitz berechtigenden dinglichen Rechte gewährt das Grundbuchrecht, insbesondere § 891 BGB., eine genügende Handhabe zur Rechtsverfolgung, und bei den mit Besitz verbundenen obligatorischen Rechten geniesst ja der Berechtigte heutzutage stets den vollen Besitzschutz, während letzterer im römischen Recht nur dem juristischen Besitzer zu teil wurde.

Da der § 1007 nur auf bewegliche Sachen, also körperliche Gegenstände, Anwendung findet, können nicht Rechte Gegenstand der Klage seien. Aber im Erfolge ist es geradeso wie im römischen Recht bezüglich des Niessbrauchs an beweglichen Sachen; denn es kann hier der Niessbraucher auf Grund früheren Besitzes der Sache aus § 1007 klagen. Dagegen der Erbbauberechtigte und der Erbpachtberechtigte können nicht aus § 1007 klagen, da diese Klage sich nur auf Mobilien bezieht, wohl aber aus § 861.

Wenn nun auch infolge des Ausschlusses der Immobilien und der Rechte der Kreis der Sachen, auf die sich die Klage des § 1007 bezieht, ein geringerer ist als der Kreis der der Publiciana unterliegenden Sachen, so ist doch andererseits, soweit die Klage aus § 1007 überhaupt statthaft ist, keine weitere Beschränkung mehr vorhanden, wie sie in Rom durch das Erfordernis der Ersitzungsfähigkeit gegeben war. So hindert insbesondere die Furtivität der Sache ebenso wenig die

Ersitzung wie die Anstellung der Klage aus § 1007, sofern nur die Erfordernisse dieser Klage gegeben sind.

Eine Besonderheit gilt für Geld und Inhaberpapiere. Diese können nämlich nicht mit der Klage aus § 1007 Abs. 2, also nicht wegen unfreiwilligen Besitzverlustes verfolgt werden, sondern nur mit der Klage aus § 1007 Abs. 1. Der Grund hierfür ist wohl darin zu suchen, dass sich die Identität dieser Sachen nur sehr schwer feststellen lässt, und dass im Interesse eines sicheren Umlaufs dieser Sachen der redliche Besitzer gegen Rechtsverfolgung geschützt werden muss.

Die Klage aus § 1007 geht auf Herausgabe der Sache. Stützt sich der Kläger auf früheren mittelbaren Besitz, so kann er zunächst nur Herausgabe an den früheren unmittelbaren Besitzer fordern und nur, wenn dieser die Sache nicht annehmen kann oder will, Herausgabe an ihn, den Kläger (vgl. Cosack, Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 § 191, V, 1).

Der frühere Mitbesitzer kann Herausgabe an alle Mitbesitzer verlangen (S. 17), der frühere Teilbesitzer nur Herausgabe des früher besessenen Sachteils (S. 18).

Wird die Klage gegen den mittelbaren Besitzer erhoben, so geht der Anspruch auf Abtretung des mittelbaren Besitzes (§ 870 BGB.), also auf Abtretung des Herausgabeanspruchs (vgl. S. 21). Nach Gierke (Fahrnisbesitz S. 54) geht der Anspruch auch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes für den Fall, dass der mittelbare Besitzer diesen erlangt. Planck (BGB., III § 985, 1, b, β) legt demgegenüber dar, dass sich ein solcher bedingter Herausgabeanspruch aus dem Gesetz nicht rechtfertigen lässt, dass aber ebenso wenig ein unbedingter Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes zugelassen werden dürfte, da sonst der mittelbare Besitzer zur Leistung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aus § 283 BGB. verpflichtet würde und dies unvereinbar wäre mit der Bestimmung des § 993, 1^2, dass der redliche Besitzer vor der Rechtshängigkeit nicht schadensersatzpflichtig ist.

Inwieweit der Kläger einen Anspruch hat auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe oder wegen Verschlechterung der Sache, richtet sich nach den Vorschriften, die für die rei vindicatio gelten.

Die Klage aus § 1007 ist nur im Fall der Vorenthaltung des Besitzes gegeben; sie hat nie eine negatorische Funktion.

Eine solche zu gewähren lag im BGB. kein Bedürfnis vor. Denn bei den dinglichen mit Besitz verbundenen Rechten finden meist die Regeln über Eigentumsschutz, also auch § 1004, entsprechende Anwendung (vgl. z. B. § 1027, § 1065, § 1227), und bei obligatorischen Rechten hat der Berechtigte, gleichviel welche Art von Besitz ihm zusteht, die Klage wegen Besitzstörung aus § 862.

Ein Rückblick auf die vorstehenden Ausführungen ergibt, dass die Publiciana infolge der Erstreckung auf Immobilien und Rechte weiter, infolge des Erfordernisses der Ersitzungsfähigkeit dagegen enger begrenzt ist als die Klage aus § 1007, und dass beide Klagen auf Herausgabe gehen, die Publiciana ausserdem noch auf Beseitigung von Störungen.

§ 8. f) **Charakter der beiden Klagen.**

Es erübrigt nun noch, den Charakter der beiden Klagen kurz darzulegen.

Beide Klagen stimmen darin überein, dass sie petitorische Klagen sind.

Für die Publiciana ergibt sich dies schon aus l. 7 § 6 D. 6, 2: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.“ Die Publiciana war eben gegeben zum Schutz des im Ersitzungsbesitz Befindlichen, also des werdenden Eigentümers, der Besitzstand als solcher kam hier überhaupt nicht in Betracht.

Für die Klage aus § 1007 ist der petitorische Charakter nicht ohne weiteres ersichtlich. Denn der Kläger stützt sich ja auf die Tatsache seines früheren Besitzes, und die Klage dient zur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes. Aber es handelt sich nicht, wie bei den Besitzklagen, um vorläufige, sondern um endgiltige Herausgabe der Sache, und die Klage beruht ihrem inneren Grunde nach nicht auf der blossen Tatsache früheren Besitzes, sondern auf dem Besitz*recht*. Das zeigt sich untrüglich darin, dass die Einwendungen, welche der Klage entgegengestellt werden können, grösstenteils der materiellen Rechtslage entnommen sind, so insbesondere die Einwendungen aus § 986 und die Einwendung eigenen Eigentums des Beklagten. Es hat also die Klage aus § 1007 zwar eine possessorische Grundlage, aber einen durchaus petitorischen Charakter.

Da die Klage aus § 1007 eine petitorische ist, kann der mit der Besitzklage abgewiesene Kläger immer noch aus § 1007 klagen und ebenso der in der Besitzklage unterlegene Beklagte immer noch aus § 1007 gegen den Kläger vorgehen. Wenn dagegen beide Klagen gleichzeitig erhoben werden, und zuerst im petitorium ein Urteil zu Gunsten des Klägers erfolgt, so ist damit auch das possessorium erledigt, es gilt also hier der Grundsatz: petitorium absorbet possessorium. Die Entscheidung in der Klage aus § 1007 präjudiziert der Klage aus dem Recht nicht, auch nicht, soweit über das bessere Besitzrecht erkannt ist; denn rechtskräftig entschieden ist nur über den Klaggrund, und der Kläger hat sich ja nicht auf sein Besitzrecht gestützt, sondern auf die Tatsache seines früheren Besitzes (übereinst.: Planck, BGB., III § 1007, 8a; Neumann, BGB., § 1007 S. 522, II; Miethke, Wesen u. Umfang der Klage des § 1007 S. 38; abw.: Gierke, Fahrnisbesitz S. 65).

Wie die Klage aus § 1007 mit der Publiciana den petitorischen Charakter teilt, hat sie auch das Merkmal mit ihr gemeinsam, dass sie dem Schutz des relativ besseren Rechts dient.

Der Begriff der relativen Rechte im Gegensatz zu den absoluten ist zuerst von Deurer in Iherings Jahrb. f. Dogmatik B. I S. 221—238 eingehend entwickelt worden.

Danach haben die absoluten Rechte feststehende, ein für allemal bestimmte Elemente, aus deren Summe sie hervorgehen, die also stets vorhanden sein müssen, damit das Recht zur Entstehung gelangt. Bei den relativen Rechten dagegen sind keine bestimmten Elemente vorhanden, sondern die Voraussetzungen sind verschieden nach dem Einzelfalle. Wohl aber ist der Effekt stets derselbe; die relativen Rechte können nicht, wie die absoluten, gegen jeden Dritten geltend gemacht werden, sondern es müssen auch auf seiten des Gegners die nötigen Voraussetzungen vorliegen. Ihr Effekt richtet sich nach der Stärke des Widerstandes des Gegners. Zu ihrer Wirksamkeit ist lediglich erforderlich ein plus über die Berechtigung des Gegners.

Deurer weist nun nach, dass schon im römischen Recht in einer ganzen Reihe von Fällen ein Schutz des relativ besseren Rechts stattfindet, nämlich bei der actio Publiciana, bei der bonorum possessio, beim Besitzschutz und beim Schutz des obligatorisch Berechtigten gegen den dinglich Berechtigten.

Bei der Publiciana zeigt sich dies insbesondere darin, dass der Kläger nur gegen Schlechterberechtigte geschützt wird, aber nicht gegen den Eigentümer und gegen den, der ein gleichstarkes publicianisches Recht hat.

Freilich ist das relativ bessere Recht in Rom nicht offiziell anerkannt worden, sondern man fingierte absolute Rechte. So wurde bei der Publiciana ersessenes Eigentum fingiert, und bei der bonorum possessio trat die Fiktion ein: si heres esset. Und auch tatsächlich hatte der Schutz des relativ besseren Rechts zum Besitz bei der Publiciana noch keine grosse Ausdehnung, da nur der redliche titulierte Erwerber geschützt wurde und nur in einem Ausnahmefalle der redliche nicht titulierte Erwerber, nämlich durch Zulassung des Putativtitels.

Weit mehr als bei der actio Publiciana ist der Schutz des relativ besseren Rechts bei der Klage aus § 1007 durchgeführt.

Nicht kommt der Abs. 3 in Betracht; denn hier unterliegt der Kläger nicht wegen eines schlechteren Rechts, sondern er hat überhaupt kein Recht, „sein Anspruch ist ausgeschlossen".

Aber es siegt der frühere Besitzer über den bösgläubigen Besitzer infolge seines besseren Rechts. Und in Abs. 2 ist der Beklagte schlechter berechtigt infolge des Mangels, der allen abhanden gekommenen Sachen anhaftet. Hier kann aber der Beklagte seinerseits durch Nachweis eines besseren Rechts, sei es auf Grund seines Eigentums oder auf Grund früheren unfreiwilligen Besitzverlustes, den Sieg erfechten. Und in allen Fällen erreicht der Beklagte durch Nachweis eines besseren Besitzrechtes nach § 986 die Abweisung des Klägers. Daher sagt Planck (BGB., III § 1007 N. 1) mit Recht: „Der in § 1007 bestimmte Anspruch lässt sich hiernach als der Anspruch aus dem besseren Rechte zum Besitze oder auch als Anspruch aus früherem Besitze gegen den Schlechterberechtigten kennzeichnen."

Die Publiciana und die Klage aus § 1007 stimmen auch überein in Bezug auf ihre Stellung im Systeme. Beide Klagen sind nämlich der rei vindicatio nachgebildet und dienen in gewissem Umfang zum Ersatz derselben.

Für die Publiciana ergibt sich der Zusammenhang mit der rei vindicatio schon rein äusserlich daraus, dass in den Digesten der Titel „de Publiciana in rem actione" (6, 2) als

ein Anhängsel des Titels „de rei vindicatione“ (6, 1) erscheint. Und ferner heisst es in den Quellen: „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit“ (l. 7 § 6 D. 6, 2). Paulus sagt dasselbe in l. 35 pr. D. 44, 7: „Item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.“

Die Publiciana geht wie die rei vindicatio auf Herausgabe, und es können ihr dieselben Gegenansprüche entgegengestellt werden, wie jener. Es gilt eben: „in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus“ (vgl. l. 7 § 8 D. 6, 2).

Die Publiciana schloss nicht den Eigentümer aus, sondern diente ihm zur Erleichterung seines Eigentums (vgl. S. 13—15). Ja im gemeinen Recht wurde in der Regel publicianisch und nicht mit der rei vindicatio geklagt (vgl. Staudinger, BGB., III § 1007 IV).

Auch für den Anspruch aus § 1007 ergibt sich die Anlehnung an die Eigentumsklage schon rein äusserlich daraus, dass der § 1007 angehängt ist an den Titel: „Ansprüche aus dem Eigentum.“ Die Klage aus § 1007 geht wie die Eigentumsklage des § 985 auf Herausgabe, und dieselben Gegenansprüche, die dieser entgegengesetzt werden können, sind auch gegen jene zulässig; vgl. § 1007, 3.

In den meisten Fällen wird die Klage aus § 1007 mit der Eigentumsklage konkurrieren. Es gibt aber einerseits Fälle, in denen nicht die Klage aus § 985, sondern nur die Besitzrechtsklage statthaft ist, so insbesondere, wenn es sich um einen obligatorisch Berechtigten handelt, wie Mieter, Pächter, oder um einen Finder. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen nur die Eigentumsklage und nicht die Klage aus § 1007 möglich ist. So insbesondere dann, wenn jemand zwar das Eigentum, aber nicht den Besitz der Sache erlangt hat, also z. B. wenn jemand bei der Auflassung auch das Eigentum an beweglichen Zubehörsachen erlangt, aber dieselben noch nicht in Besitz genommen hat, oder wenn jemand Früchte mit der Trennung ohne Besitznahme erworben hat (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 68). Ja, es kann auch vorkommen, dass der Eigentümer zwar früher Besitz hatte, aber doch nur mit der Eigentumsklage durchdringt, z. B. wenn er beim Besitzerwerb bösgläubig war, aber später Eigentum erworben hat. Da es oft zweifelhaft ist, ob man mit der Klage aus § 1007 durch-

dringt, wird man in der Praxis gut tun, diese Klage mit der Eigentumsklage zu kumulieren.

Nach Gierke (Fahrnisbesitz S. 67) ist die Klage aus § 1007 infolge ihrer erleichterten Voraussetzungen dazu berufen, bei Mobilien die Anwendung der Eigentumsklage stark einzuschränken (ebenso Biermann, Sachenrecht § 1007a. 1); Endemann dagegen (Lehrbuch des bürg. Rechts II, 1 § 46a. 17) schreibt der Eigentumsklage die grössere praktische Bedeutung zu.

Die systematische Stellung der Publiciana und der Klage aus § 1007 kennzeichnet Endemann (Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 S. 182) also: „Das Klagerecht aus dem früheren Besitz ist rechtlich eingeordnet zwischen dem Anspruch aus dem Eigentum oder einem sonstigen dinglichen Recht und dem Anspruch aus dem Besitzstande. . . Eines derartigen vermittelnden Anspruchs hat die Rechtstechnik sich von jeher bedient. Im römischen Recht half die actio Publiciana aus."

§ 9. g) **Zusammenfassung.**

Wenn wir das, was über die actio Publiciana und die Klage aus § 1007 bisher gesagt worden ist, zusammenfassen wollen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis.

Ein historischer Zusammenhang der Klage aus § 1007 mit der Publiciana ist nicht vorhanden; sondern es ist im Gegenteil der § 1007 in bewusstem Gegensatz zu dem an die Publiciana angelehnten § 945 des Entwurfs I geschaffen worden (vgl. S. 11—12).

Was das Wesen der beiden Klagen angeht, so ist im Laufe der Abhandlung in einer ganzen Reihe von Punkten eine Übereinstimmung konstatiert worden. Es hat sich beispielsweise gezeigt, dass beide Klagen petitorische Klagen auf Herausgabe einer Sache sind, dass beide dem Schutz des relativ besseren Rechts dienen, dass beide an die rei vindicatio angelehnt sind.

Dagegen in der Hauptsache, in der Klagbegründung, gehen die beiden Klagen völlig auseinander. Die Publiciana beruht auf dem Ersitzungsbesitz, Kläger muss demnach die Ersitzungserfordernisse dartun, also Tatsachen, aus denen die Entstehung seines Besitzrechts hervorgeht. Bei der Klage

aus § 1007 hingegen ist in erster Linie der frühere Besitz Klagfundament, es handelt sich also hier um Tatsachen, die eine Vermutung für das Bestehen eines Besitzrechts begründen.

Die Publiciana als Klage des Ersitzungsbesitzers steht nur dem Eigenbesitzer zu, der § 1007 dagegen gewährt auch dem grossen Kreis der Fremdbesitzer Schutz. Hierdurch ist das Gebiet der Klage aus § 1007 ein weit umfangreicheres als das der actio Publiciana. Auch in der Ausgestaltung der Verteidigungsmittel weichen die Klagen vielfach von einander ab. Und endlich war die Publiciana bei Mobilien, also auf dem alleinigen Anwendungsfeld des § 1007, infolge des Ausschlusses der res furtivae tatsächlich fast ausgeschlossen. So kann man sagen, dass die Klage aus § 1007 BGB. mit der actio Publiciana wenig Verwandtschaft hat, sondern ein von ihr in seinem Wesen und seiner praktischen Bedeutung durchaus verschiedenes Klaggebilde darstellt.

In der Literatur wird vielfach die Klage des § 1007 als ein Ersatz für die Publiciana bezeichnet; auch dies ist nur in beschränktem Masse richtig.

Denn die Publiciana galt auch für Immobilien; hier aber ist die Publiciana dadurch ersetzt, dass dem eingetragenen Berechtigten die Vermutung aus § 891 BGB. die Rechtsverfolgung erleichtert, und dass dem nicht eingetragenen Berechtigten, gleichgiltig, welcher Art sein Besitz ist, der volle Schutz des § 861 zur Seite steht, während in Rom nur dem juristischen Besitzer die possessorischen Interdikte zu Gebote standen.

Und bei Mobilien ist die actio Publiciana nicht durch den § 1007 ersetzt, sondern durch Aufnahme des Prinzips „Hand wahre Hand“, so dass der redliche Erwerber, der in Rom der Publiciana bedurfte, jetzt das Eigentum erwirbt, also die rei vindicatio zur Verfügung hat. Nur auf dem ganz engen Gebiet der Ausnahmen von diesem Prinzip bildet wirklich die Klage aus § 1007 einen Ersatz für die Publiciana (vgl. S. 10). Im übrigen aber nimmt sie eine ganz andere Stellung ein als die Publiciana. Nur in dem Sinne lässt sie sich als ein Ersatz für jene bezeichnen, als sie, wie jene, auch dem Eigentümer und dem redlichen Erwerber (der ja jetzt auch Eigentümer ist), zusteht, aber in letzterem Falle nicht als einzige Klage wie im römischen Recht, sondern neben der Eigentumsklage.

So hat also die Vergleichung der Klage aus § 1007 mit der actio Publiciana zu einem im wesentlichen negativen Resultat geführt.

II. Die übrigen Grundlagen der Klage aus § 1007 BGB.

Es möge nunmehr dargelegt werden, wo denn in erster Linie die Grundlagen des § 1007 zu suchen sind.

§ 10. a) Die altdeutsche Fahrnisklage.

Die Klage aus § 1007 BGB. steht in enger Verwandtschaft zu der altdeutschen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere. Diese Klage war neben der Klage gegen den Vertrauensmann, dem man eine Sache hingegeben hat, im alten deutschen Recht die einzige Klage zur Verfolgung von Fahrnissachen.

Sie stand jedem zu, der die Gewere gehabt hatte, also nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Nutzniesser, Pfandgläubiger, Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Finder (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 71; vgl. für das Folgende: Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts § 118; Stobbe-Lehmann, deutsches Privatrecht II, 1 § 92). Die Klage ging gegen jeden Besitzer. Es war eine dingliche Klage, zum Klaggrund gehört also zunächst die Behauptung, dass die Sache sein, des Klägers, sei. Damit will Kläger nicht sein Eigentum behaupten, sondern nur, dass er die Sache in seiner Gewere gehabt und nichts getan habe, um seinen Besitz oder sein Recht zu verlieren, sowie, dass die streitige Sache identisch sei mit der, welche er verloren hat.

Ausserdem gehört zum Klaggrund die Behauptung, die Sache sei gegen den Willen des Klägers aus seiner Gewere gekommen. In den Quellen ist nur von Diebstahl und Raub die Rede, die Klage wurde aber in der späteren Zeit auch in jedem anderen Fall unfreiwilligen Verlustes der Gewere gegeben.

Der Kläger muss beweisen den Klaggrund, also unfreiwilligen Verlust der Gewere und sein Recht an der Sache. Will der Beklagte Abweisung des Klägers erreichen, so muss

er eigenen Rechtserwerb nachweisen. Nach Laband (Vermögensrechtliche Klagen S. 119) haben die Einwendungen des Beklagten nur die Bedeutung, dass sie beweisen sollen, dem Kläger sei die Sache nicht gegen seinen Willen abhanden gekommen, nach Bruns (Besitzklagen S. 230ff.) macht der Beklagte damit ein besseres Recht geltend. Auch Gierke (Fahrnisbesitz S. 71), Heusler (Institutionen II, S. 211) und Stobbe-Lehmann (d. Pr. R. II, 1, S. 257) vertreten diese Ansicht, dass nämlich der Beklagte den klägerischen Anspruch nur abschlagen kann, wenn er seinerseits ein besseres Recht zum Besitz nachweist. Stobbe-Lehmann überschreiben den § 92, der die deutsche Klage enthält, geradezu: „Der Anspruch aus dem besseren Recht zum Besitz."

Vergleichen wir mit dieser Klage die des § 1007, so ergibt sich folgendes Bild.

Wie die Klage aus § 1007 jedem Besitzer, so steht die alte deutsche Klage jedem Inhaber der Gewere zu, so dass der Kreis der klageberechtigten Personen sich fast deckt. Die Klage aus § 1007 stützt sich auf früheren Besitz, die deutsche Klage auf frühere Gewere, es haben also beide Klagen eine possessorische Grundlage. In beiden Klagen erreicht der Beklagte die Abweisung des Klägers nicht durch den Nachweis, dass dem Kläger kein Besitzrecht zusteht, sondern nur dadurch, dass er seinerseits ein besseres Besitzrecht nachweist (vgl. S. 48). Indem so beide Klagen Einwendungen aus dem Recht zulassen, haben sie trotz der possessorischen Grundlage einen petitorischen Charakter. Wie bei der alten deutschen Klage unfreiwilliger Verlust der Gewere Voraussetzung der Klage ist, so nach § 1007 unfreiwilliger Besitzverlust, und zwar gehört in Abs. 2 der unfreiwillige Besitzverlust zum Klaggrund, während es in Abs. 1 dem Beklagten obliegt, das Gegenteil, nämlich freiwillige Besitzaufgabe des Klägers nachzuweisen.

Im Hinblick auf diese gemeinsamen Bestandteile der beiden Klagen sagt Gierke (Fahrnisbesitz S. 72): „Die Klage aus dem früheren Besitz ist somit die rechte Erbin der Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere."

Und Pflüger bezeichnet ihr Verhältnis mit den Worten: „Die Klage aus § 919 (jetzt § 1007) ist überhaupt nichts anderes als die leibhaftige dingliche Klage des deutschen Rechts" (Jahrb. f. Dogmatik B 35, S. 450).

Freilich bestehen zwischen den beiden Klagen auch gewichtige Unterschiede. Während bei der alten deutschen Klage guter oder böser Glaube nicht in Betracht kam, spielt derselbe für die Klage aus § 1007 eine grosse Rolle, sowohl bezüglich des Klägers, indem bei Bösgläubigkeit sein Anspruch gänzlich ausgeschlossen ist, wie auch bezüglich des Beklagten, indem nach seinem guten oder bösen Glauben sich die Beweislast bestimmt. Und ferner, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden kommt, kann der mittelbare Besitzer aus § 1007 klagen, im alten deutschen Recht aber war dies ausgeschlossen nach dem Prinzip „Hand wahre Hand".

Auch ist das Prozessverfahren heute ein ganz anderes als im alten deutschen Recht, und endlich ist die Klage aus § 1007 in ihrer ganzen Stellung dadurch von der deutschen Klage verschieden, dass neben der ersteren noch die Eigentumsklage und die Besitzklagen stehen, während letztere neben der Klage gegen den Vertrauensmann die einzige Form der Mobiliarvindikation war.

Aber das eine ist jedenfalls entscheidend, dass die Klage aus § 1007 von der actio Publiciana gerade in der Grundlage, in der Klagbegründung, am meisten abweicht, dass sie dagegen mit der alten deutschen Klage in der Grundlage durchaus übereinstimmt.

§ 11. b) **Die Klage aus code civil Art. 2279, 2.**

Die Klage aus § 1007 steht auch zu der Klage aus code civil Art. 2279, 2 in Beziehungen. Dort wird nämlich demjenigen, der eine bewegliche Sache verloren hat oder dem sie entwendet worden ist, eine Vindikation gegen den gewährt, in dessen Händen er sie findet, es bildet also gerade wie in § 1007 Abs. 2 unfreiwilliger Besitzverlust einer beweglichen Sache den Klaggrund.

§ 12. c) **Die Spolienklage.**

Die Klage aus § 1007 lässt sich auch mit der gemeinrechtlichen Spolienklage in Verbindung bringen.

Die Spolienklage entstammte dem kanonischen Recht. Sie entsprach im Prinzip dem römischen interdictum unde vi,

ging aber weit über dieses hinaus. Sie stand nicht nur dem juristischen Besitzer zu, sondern auch dem Detentor, ging nicht nur gegen den Dejizienten, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer, bezog sich nicht nur auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien, ja, während anfangs gewaltsame Besitzentziehung Voraussetzung der Klage war, konnte später jeder, der die Sache einmal besessen hatte, rein aus diesem Besitz die Klage anstellen, so dass nicht einmal eine Spoliation nachzuweisen war, sondern dem Beklagten der Beweis oblag, Kläger habe den Besitz unrechtmässig erlangt. Die Klage verjährte in 30 Jahren.

Diejenige Klage des BGB., welche in erster Linie die Spolienklage ersetzen soll, ist die Klage aus § 861. Aber diese Klage ist weit enger gefasst als die Spolienklage. Denn sie ist nur im Fall der verbotenen Eigenmacht gegeben, sie geht nur gegen den, welcher dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt, und unterliegt einer einjährigen Ausschlussfrist (vgl. § 864 BGB.).

Hingegen kann der Besitzer, dem die Sache auf andere Weise, als durch verbotene Eigenmacht, abhanden kam, wohl aus § 1007 klagen. Ebenso dann, wenn im Fall der verbotenen Eigenmacht der Beklagte nicht gerade dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt, oder wenn die einjährige Ausschlussfrist abgelaufen ist.

In all diesen Fällen erfüllt also die Klage aus § 1007 Aufgaben, welche früher der Spolienklage zufielen.

§ 13. d) **Das possessorium ordinarium.**

Auch noch eine andere gemeinrechtliche Klage zeigt eine gewisse Verwandtschaft mit der Klage aus § 1007, nämlich das possessorium ordinarium.

Dieses, ursprünglich dem römischen interdictum uti possidetis entsprechend, entwickelte sich im Mittelalter aus einem interdictum retinendae possessionis zu einem rekuperatorischen Rechtsmittel.

Indem man ferner im Anschluss an die Dekretale Licet causam (cap. 9 X de probationibus II, 19) den Nachweis des Besitztitels gestattete, wurde aus diesem anfänglich rein possessorischen Rechtsbehelf eine petitorische Klage zum Schutz des besseren Besitzrechts (vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 46 u. 47),

es nahm also das possessorium ordinarium damals dieselbe Stellung ein wie heute die Klage des § 1007, und überdies ist das Prinzip des Schutzes des besseren Besitzrechts gerade aus dem possessorium ordinarium auf dem Wege über das A. L. R. in das BGB. übergegangen (vgl. das Folgende).

§ 14. e) **Die preussische Publiciana.**

Bei der Abfassung des § 1007 hat man das A. L. R. ganz direkt zum Vorbild genommen (vgl. Prot. der II. Komm. B. III, S. 383). Das A. L. R. hatte dem possessorium ordinarium den Gedanken des Schutzes des besseren Besitzrechts entnommen und ihn mit der gemeinrechtlichen actio Publiciana zu der sog. „preussischen Publiciana" verschmolzen (A. L. R. I, 7 § 161ff. und I, 15 § 34).

Die römische Publiciana war die Klage des werdenden Eigentümers, die preussische Publiciana die des besser berechtigten Besitzers. So sagt z. B. A. L. R. I, 7 § 161 ausdrücklich: „Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt noch heimlich mit List, oder bloss bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat."

Und in den §§ 162ff. stellt das A. L. R. eine ganze Reihe von Abstufungen auf, in denen jedesmal der besser berechtigte Besitzer gegen den schlechter berechtigten siegt.

Es zeigt also die preussische Publiciana schon in dem Grundprinzip, dem Schutze des besseren Besitzrechts, völlige Übereinstimmung mit der Klage aus § 1007 BGB.

Aber auch im übrigen zeigen die beiden Klagen eine enge Verwandtschaft mit einander. So stimmt z. B. der Abs. 1 des § 1007 mit A. L. R. I, 7 § 178 überein, wo bestimmt war: „Der unredliche Besitzer muss immer dem redlichen weichen."

Und der Abs. 2 des § 1007 zeigt grosse Ähnlichkeit mit A. L. R. I, 15 § 34; denn es heisst hier: „Sobald der Kläger nachgewiesen hat, dass die in Anspruch genommene Sache seinem rechtmässigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei, ist der Beklagte in allen Fällen schuldig, seinen Besitztitel und den, von welchem er denselben erhalten hat, anzugeben"; es ist also hier, geradeso wie bei der Klage aus § 1007 der Besitzverlust wider Willen Hauptvoraussetzung der Mobiliarvindikation.

§ 15. Schlusswort.

So sind denn nun die Rechtsgedanken, die dem § 1007 BGB. zu Grunde liegen, in vorstehendem entwickelt worden. Es hat sich gezeigt, dass der § 1007 in Beziehung steht zur gemeinrechtlichen actio Publiciana, zur altdeutschen Fahrnisklage, zur Klage aus code civil Art. 2279, 2, zur Spolienklage, zum possessorium ordinarium und zur preussischen Publiciana.

Freilich ist dies nicht so zu verstehen, als ob der § 1007 aus diesen früheren Klaggebilden zusammengesetzt worden wäre.

Nein, der § 1007 ist eine durchaus neue, selbständige Schöpfung, hervorgegangen aus den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs und harmonisch eingeordnet in das System des BGB.

Aber wie bei den meisten Neuschöpfungen hat man alte, langerprobte Rechtsgedanken zum Vorbild genommen und den modernen Ansprüchen entsprechend umgemodelt und insofern nur die bisherige Rechtsentwicklung fortgesetzt. Und zwar sind es bei der Klage aus § 1007 die deutschen Rechtsgedanken, die das Vorbild abgegeben haben, und nicht die römischen. Letztere sind weggefallen, weil sie sich überlebt hatten.

Die Qualität der Neuschöpfung hat aber nicht darunter gelitten. Das hielt man vor gar nicht allzu langer Zeit noch nicht für möglich, dass man auch ohne römisches Recht etwas Gutes schaffen könnte. So bezeichnet z. B. Huschke (Publ. Klage S. 124) die Versuche des A. L. R. und der anderen Partikularrechte, die Publiciana durch moderne Institute zu ersetzen, als „ein Beispiel modernen Vandalismus' gegen den herrlichen, auf festen Fundamenten irdischer Gerechtigkeit nach den wahren Bedürfnissen des menschlichen Verkehrs fast mehr erwachsenen als aufgeführten Bau des römischen Rechts".

Da denken wir doch heute im Hinblick auf unser BGB. ganz anders!

Verzeichnis der benutzten Literatur.

1. Baron, „Pandekten".
2. Biermann, „Kommentar zum Sachenrecht des BGB.".
3. Bruns, „Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts".
4. Cosack, „Das Sachenrecht im Entwurf eines BGB.", in Bekkers und Fischers „Beiträgen" Heft 13.
5. Cosack, „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts" B. II, 1.
6. Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts" B. I.
7. Dernburg, „Pandekten" B. I.
8. Dernburg, „Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens".
9. Deurer, „Der Schutz des relativ besseren Rechts", Jherings Jahrb. B. 1.
10. Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" B. II, 1.
11. Enneccerus-Lehmann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" B. II.
12. Ermann, „Beiträge zur Publiciana", Zeitschr. der Savignystiftung für Rechtsgeschichte B. 11.
13. Feustel, „Der Anspruch aus § 1007 BGB., verglichen mit den Klaggebilden des früheren Rechts" 1900.
14. Fischer-Henle, BGB., Handausgabe mit Anmerkungen 1900.
15. Fuld, „Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht". Arch. f. d. ziv. Praxis B. 89.
16. Gierke, „Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht" 1889.
17. Gierke, „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB." 1897.
18. Giese, „Besitzrechtsschutz im BGB. und actio in rem Publiciana". Berlin 1901.
19. Goldmann, „Publicianischer Schutz im römischen und im preussischen Recht".
20. „Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB." Heft 8.
21. Heusler, „Institutionen des deutschen Privatrechts".
22. Huschke, „Das Recht der publicianischen Klage" 1874.
23. Laband, „Die vermögensrechtlichen Klagen" 1869.
24. Landsberg, „Die Glosse des Akkursius und ihre Lehre vom Eigentum".
25. Matthiass, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" B. II.
26. Miethke, „Wesen und Umfang der Klage des § 1007 des BGB." 1900.
27. „Motive zum Entwurf eines BGB." B. III. 1889.
28. Neumann, „Handausgabe des BGB." 1900.
29. Peipers, „Die Besitzrechtsklage nach § 1007 BGB. gegenüber der actio Publiciana des römischen und gemeinen Rechts" 1902.

30. Pflüger, „Die Rechtsverfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurfe des BGB“, Jahrb. für Dogmatik B. 35.
31. Pflüger, „Über die probatio diabolica“. Arch. f. d. ziv. Praxis B. 77.
32. Planck, „Kommentar zum BGB.“, B. III (Sachenrecht), 1902.
33. „Protokolle der zweiten Kommission zum BGB“.
34. Puchta, „Kursus der Institutionen des römischen Rechts“.
35. Schulin, „Über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio“ 1873.
36. Staudinger, „Kommentar zum BGB“, B. III (Sachenrecht).
37. Stintzing, „Das Wesen von bona fides und titulus“ 1852.
38. Stobbe-Lehmann, „Deutsches Privatrecht“.
39. Vangerow, „Pandekten“ B. I.
40. „Verhandlungen des XXIV. deutschen Juristentages“.
41. Wendt, „Über die Beweislast bei der rei vindicatio“, Arch. f. d. ziv. Praxis B. 76.
42. Wendt, „Der mittelbare Besitz des BGB.“, Arch. f. d. ziv. Praxis B. 87.
43. Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts“.